



Roj: **SJM MU 1856/2023 - ECLI:ES:JMMU:2023:1856**

Id Cendoj: **30030470032023100057**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Murcia**

Sección: **3**

Fecha: **22/05/2023**

Nº de Recurso: **491/2022**

Nº de Resolución: **66/2023**

Procedimiento: **Juicio verbal. Acción consumidores y usuarios (Art. 250.1.12 LEC)**

Ponente: **LEANDRO BLANCO GARCIA-LOMAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**JDO. DE LO MERCANTIL N. 3**

**MURCIA**

**SENTENCIA: 00066/2023**

-

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

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

**Correo electrónico:** mercantil3.murcia@justicia.es

Equipo/usuario: G01

Modelo: S40000

**N.I.G.:** 30030 47 1 2022 0001488

**JVU JUICIO VERBAL ACCION CONSUM. Y USUARIOS 0000491 /2022**

Procedimiento origen: JVI JUICIO VERBAL (INCUMPLIM. CONTRATO) 0000491 /2022

**Sobre OTRAS MATERIAS**

DEMANDANTE D/ña. David

Procurador/a Sr/a. MARIA ESTHER LOPEZ CAMBRONERO

Abogado/a Sr/a. JOSE MANUEL HERNANDEZ BENAVENTE

DEMANDADO D/ña. BMW IBERICA

Procurador/a Sr/a. MANUEL SEVILLA FLORES

Abogado/a Sr/a.

**SENTENCIA**

En Murcia, a 22 de mayo de 2023.

Vistos por mí, don Leandro Blanco García-Lomas, magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Murcia, los autos de Juicio Ordinario con número 491-AL/2022, en el que es parte demandante don David , representado por la Procuradora de los Tribunales doña María Esther López Cambronero y asistidos por el Letrado don José Manuel Hernández Benavente; y parte demandada la entidad mercantil BMW Ibérica, S.A.U. (en adelante, BMW), representada por el Procurador de los Tribunales don Manuel Sevilla Flores y asistida por el Letrado don Antonio Fabregat Marianini; habiendo versado el presente procedimiento sobre ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL (ACCIÓN FOLLOW ON), dicto la presente sentencia.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El día 9 de noviembre de 2022, la Procuradora de los Tribunales doña María Esther López Cambronero, actuando en nombre y representación de don David, presentó demanda de juicio ordinario contra BMW.

**SEGUNDO.-** Admitida que fue a trámite la citada demanda, se emplazó a la parte contraria para que la contestase, cosa que hizo la representación procesal de BMW por medio de escrito presentado en este Juzgado el día 15 de diciembre de 2022.

El día 15 de mayo de 2023, tuvo lugar el acto de la vista, en cuyo seno se practicaron los siguientes medios de prueba:

- a) Pericial de la parte demandante, don Fabio .
- b) Pericial de la parte demandada, doña Manuela .

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Delimitación del objeto controvertido.**

### **A) Acción ejercitada en la demanda.**

1. La parte demandante ejercita en la demanda una acción de responsabilidad extracontractual, derivada de la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), de 23 de julio de 2016, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), resolución (en adelante, Resolución de la CNMC) que sirve de base a la pretensión encaminada a lograr el resarcimiento del daño causado como consecuencia del acuerdo colusorio a que se refiere la Resolución de la CNMC, y que la parte demandante cifra, con carácter principal, en la cantidad de 4.243,96 euros, equivalente al 14,736% del precio de compra; con carácter subsidiario primero, en la cantidad equivalente al porcentaje que corresponda después de haber practicado la prueba pertinente y quede acreditado a criterio de este Juzgador, que siempre estará entre el 10% y el 15% del precio de compra; y, con carácter subsidiario segundo, en la cantidad que corresponda en base a la prueba practicada.

2. Se trata de la acción precursora de la denominada en la doctrina acción *follow on*, prevista en la Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (en adelante, Directiva de daños), transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores (en adelante, RD Ley 9/2017), y que consiste en una nueva acción, de cuantificación de los daños causados por infracciones del Derecho de la competencia, declaradas por la autoridad competente de defensa de la competencia, de ámbito comunitario, esto es, la Comisión Europea, que dulcifica los presupuestos de su aplicación, facilitando la prueba de la concurrencia de estos presupuestos.

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

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

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



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

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

### B.1.1.- Introducción.

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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





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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## **B.2.- Acciones.**

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

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

#### B.2.1.- Nulidad.

27. De estas acciones podemos destacar los siguientes apartados:

##### a) Objeto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

d) *Restitución de lo pagado*:

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

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

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

B.2.2.- *Responsabilidad civil*.

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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





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

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

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

### **C) Directiva de daños.**

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

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

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

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

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



35 Este derecho que asiste a toda persona de solicitar la reparación de ese perjuicio refuerza la operatividad de las normas de competencia de la Unión y puede desalentar los acuerdos o prácticas, a menudo encubiertos, que puedan restringir o falsear el juego de la competencia, de modo que contribuye al mantenimiento de una competencia efectiva en la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 20 de septiembre de 2001, *Courage y Crehan*, C453/99, EU:C:2001:465, apartado 27, y de 14 de marzo de 2019, *Skanska Industrial Solutions* y otros, C724/17, EU:C:2019:204, apartado 44 y jurisprudencia citada).

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

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

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

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

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

#### C.1.1.- Concepto.

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

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

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



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

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

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

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

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

c) *Facilidad probatoria para la cuantificación de los daños y perjuicios*: dado que el legislador comunitario era consciente de las dificultades que presentan la prueba y la cuantificación de los daños y perjuicios sufridos por el perjudicado, ha tratado de facilitar su prueba mediante la norma del artículo 17.1 de la Directiva de daños, estableciendo como principio, derivado de los principios de efectividad y equivalencia contenidos en el artículo 4 de la Directiva de daños, que los " *Estados miembros velarán por que ni la carga de la prueba ni los estándares de prueba necesarios para la cuantificación del perjuicio hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento de daños y perjuicios*". En cumplimiento de este principio, el artículo 17.1 de la Directiva de daños faculta a los órganos jurisdiccionales nacionales " *para estimar el importe de los daños y perjuicios si se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios pero resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar con precisión los daños y perjuicios sufridos sobre la base de las pruebas disponibles*". Es decir, facilita la prueba al reducir el estándar de prueba a la estimación de daños y perjuicios y no su exacta cuantificación. En esta labor de cuantificación y estimación, un órgano jurisdiccional nacional, a tenor del artículo 17.3 de la Directiva de daños, puede pedir el asesoramiento de una autoridad nacional de la competencia.



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

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

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

c) *Legitimación pasiva*:

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

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

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

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

C.1.2.- *Acciones stand alone*.

48. En el caso de que no tengamos la declaración por parte de una autoridad de la competencia o de un órgano jurisdiccional, de la infracción del Derecho de la competencia, no estaríamos ante el presupuesto de base de las acciones *follow on*, y es que se presume que la infracción del Derecho de la competencia ha producido un daño que debe resarcirse. En estos casos, será necesario, para poder ejercitar una acción de resarcimiento de daños y perjuicios derivados de la infracción del Derecho de la competencia, la previa declaración de infracción, lo que obliga a ejercitar, conjuntamente con la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, una acción de





nulidad de las señaladas a lo largo de este capítulo. Es decir, las acciones *stand alone*, como señala la doctrina, son aquellas en las que no intervienen previamente las autoridades de la competencia.

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

### C.2.- Transposición al derecho español.

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

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

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

A efectos de este título:

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

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

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

### D) Derecho transitorio.

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

#### D.1.- El principio de interpretación conforme.

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



56. Para atender a cuándo una infracción es o no anterior a la entrada en vigor del RD Ley 9/2017, la doctrina se divide entre los que entienden que debemos de estar a la fecha de la realización de la conducta, y quienes entienden que debemos de estar a la fecha en que se dictó la Resolución de la CNMC. Pese a que existe alguna resolución judicial partidaria del primer criterio (SJM nº 7 de Barcelona, de 29 de enero de 2019), lo cierto es que el criterio mayoritario de los autores y la jurisprudencia es el segundo, y esto por los siguientes motivos: (i) la Decisión de la CE no integra los hechos, no los define, sino que se limita a constatar la existencia de la infracción, del acuerdo colusorio; y (ii) en las acciones *stand alone*, la fecha que debemos tener en cuenta es la de la cesación de la infracción. En este sentido, debe llamarse la atención sobre el hecho de que, en las Conclusiones del Abogado General de 28 de octubre de 2021, en el asunto C-267/20, el Abogado General del TJUE opta claramente por el primero de los criterios, y esto con base en los siguientes argumentos:

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



60. No obstante, un sector de la doctrina y de la jurisprudencia, sobre la base de la STJUE de 13 de noviembre de 1990 (asunto C-106/89, caso Marleasing), y la doctrina de la interpretación de las normas nacionales conforme a la luz y a la finalidad de las directivas comunitarias, entendió que era posible esta interpretación conforme de la normativa nacional y en consecuencia aplicar lo dispuesto en la Directiva de daños al caso presente (SJM nº 7 de Barcelona, de 8 de junio de 2018, por ejemplo). La STJUE de 28 de marzo de 2019 (asunto C-637/17, caso Cogeco Communications) pone fin a esta discusión estableciendo que: (i) no cabe en el caso de la infracción derivada del cártel de camiones la interpretación conforme a la Directiva de daños, porque los hechos del litigio principal están fuera del ámbito de aplicación temporal de la Directiva de daños; (ii) el hecho de que no exista la obligación de interpretar el Derecho nacional conforme a la Directiva de daños no excluye que deba interpretarse la normativa nacional de conformidad con los artículos 101 y 102 del TFUE y el principio de efectividad; y (iii) esta obligación tiene su límite en los principios generales del derecho y no puede dar lugar a una interpretación *contra legem* del Derecho nacional. Este último pronunciamiento supone que estaremos ante una interpretación que contraría los principios generales del derecho (principios de legalidad o tipicidad de las sanciones, de seguridad jurídica y de irretroactividad) cuando se impone a un particular una obligación recogida en una directiva no transpuesta ( STJCE de 26 de septiembre de 1995 (asunto C-168/95, caso Arcaro)); y estaremos ante una interpretación *contra legem* cuando no exista una norma nacional que ampare la solución buscada con dicha interpretación.

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

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

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

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

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

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

a) Una primera presunción *iuris tantum*, contenida en el artículo 78 de la LDC de 2007, de que las infracciones calificadas como acuerdos colusorios causan daños, entendiendo que el pleno resarcimiento contiene una indemnización por daño emergente, definido como el sobrecoste que supuso el acuerdo colusorio sobre el precio de adquisición del vehículo, y una indemnización por el lucro cesante, entendido como la repercusión del sobrecoste en la economía del afectado por el acuerdo colusorio. En este sentido, el artículo 78 de la LDC de





2007 señala que deberá ser el demandado, esto es, el infractor, el que alegue en su defensa que el demandante ha repercutido total o parcialmente el sobrecoste, lo que supone la admisión de que ha habido sobrecoste, ya que no se puede probar la repercusión de lo que se considera que no hubo. Por tanto, conforme al artículo 79 de la LDC de 2007, el demandante deberá probar, como daño emergente, el sobrecoste existente desde el demandado hasta el comprador directo.

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

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

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

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

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

**66.** En este sentido, se ha pronunciado recientemente la STJUE de 22 de junio de 2022 (asunto C-267/20, caso Volvo y DAF), respecto de la no aplicación retroactiva de las citadas presunciones:

*" 90. Por lo que respecta, en segundo lugar, a la aplicabilidad temporal del artículo 17, apartado 2, de la Directiva 2014/104 , procede recordar de entrada que, a tenor de esta disposición, se presume que las infracciones de cárteles causan daños y perjuicios. Al infractor le asiste, no obstante, el derecho a rebatir esa presunción.*

*91. De la letra de esa disposición resulta que establece una presunción iuris tantum relativa a la existencia del perjuicio resultante de un cártel. Como se desprende del considerando 47 de la Directiva 2014/104 , el legislador de la Unión limitó esta presunción a los asuntos relacionados con cárteles, dada su naturaleza secreta, lo que aumenta la asimetría de información y dificulta a los perjudicados la obtención de las pruebas necesarias para acreditar el perjuicio.*

*92. Como el Abogado General ha señalado, en esencia, en los puntos 78, 79 y 81 de sus conclusiones, aunque el artículo 17, apartado 2, de la Directiva 2014/104 regula necesariamente al establecer una presunción el reparto de la carga de la prueba, esta disposición no tiene una finalidad meramente probatoria.*

*93. A este respecto, como se desprende de los apartados 58 a 60 de la presente sentencia, la existencia de un perjuicio, la relación de causalidad entre tal perjuicio y la infracción del Derecho de la competencia cometida, así como la identidad del autor de dicha infracción, forman parte de los elementos indispensables de los que la persona perjudicada debe disponer para ejercitar una acción por daños.*

*94. Además, dado que el artículo 17, apartado 2, de la Directiva 2014/104 prevé que no es necesario que las personas perjudicadas por un cártel contrario al artículo 101 TFUE demuestren la existencia de un perjuicio resultante de tal infracción ni la relación de causalidad entre dicho perjuicio y ese cártel, procede considerar que esta disposición se refiere a los elementos constitutivos de la responsabilidad civil extracontractual.*

*95. Al presumir la existencia de un perjuicio sufrido a causa de un cártel, la presunción iuris tantum establecida por esa disposición está directamente relacionada con la imputación de la responsabilidad civil extracontractual al autor de la infracción de que se trate y, en consecuencia, afecta directamente a la situación jurídica de este.*



96. Por lo tanto, ha de considerarse que el artículo 17, apartado 2, de la Directiva 2014/104 constituye una norma estrechamente vinculada al nacimiento, a la imputación y al alcance de la responsabilidad civil extracontractual de las empresas que han infringido el artículo 101 TFUE por su participación en un cártel.

97. Pues bien, como ha señalado el Abogado General en el punto 81 de sus conclusiones, tal norma puede calificarse de sustantiva.

98. En consecuencia, debe considerarse que el artículo 17, apartado 2, de la Directiva 2014/104 reviste naturaleza sustantiva a efectos del artículo 22, apartado 1, de dicha Directiva.

99. Según se desprende del apartado 42 de la presente sentencia, para determinar la aplicabilidad temporal del artículo 17, apartado 2, de la Directiva 2014/104, ha de verificarse, en el caso de autos, si antes de que expirara el plazo de transposición de dicha Directiva se había consolidado la situación de que se trata en el litigio principal o si siguió surtiendo sus efectos después de que expirara ese plazo.

100. Para ello deben tenerse en cuenta la naturaleza y el mecanismo de funcionamiento del artículo 17, apartado 2, de la Directiva 2014/104.

101. Esta disposición establece una presunción *iuris tantum* según la cual, siempre que exista un cártel, se presume automáticamente la existencia de un perjuicio resultante de ese cártel.

102. Dado que la existencia de un cártel es el hecho identificado por el legislador de la Unión como el que permite presumir la existencia de un perjuicio, habrá de verificarse si la fecha en la que finalizó el cártel en cuestión precede a la fecha en la que expiró el plazo de transposición de la Directiva 2014/104, al no haber sido esta última transpuesta al Derecho español dentro de ese plazo.

103. En el caso de autos, el cártel duró desde el 17 de enero de 1997 hasta el 18 de enero de 2011. Así pues, dicha infracción finalizó antes de que expirara el plazo de transposición de la Directiva 2014/104.

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

### **D.3. - Estado de la cuestión.**

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

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

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



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

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

72. Esta conclusión extraída de la STS nº 651/2013, de 7 de noviembre, ha recibido un reciente refrendo en las Conclusiones del Abogado General de 28 de octubre de 2021, en el asunto C-267/20, doctrina que se recoge sin ambages, como hemos visto antes, en la STJUE de 22 de junio de 2022 (asunto C-267/20, caso Volvo y DAF):

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

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

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

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

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

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

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



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

#### **E) Delimitación del objeto de la controversia.**

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

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

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

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

**76.** De ahí que no debamos perder de vista que el informe de la parte demandante, que se sirve de métodos econométricos de explicación de la realidad, no es una prueba cierta del daño, sino un método aproximativo a la realidad del daño, un método que trata de exponer cómo la estadística puede explicar la realidad de la repercusión del sobrecoste en el comprador final de un vehículo, y, en consecuencia, es una buena prueba de la existencia de la relación causal entre el acuerdo colusorio y el daño.

**77.** Pero, aun cuando pueda verse más limitada la prueba del daño por métodos econométricos, lo cierto es que la doctrina del TS, extractada de la STS nº 651/2013, de 7 de noviembre, no exige de este Juzgador un análisis exhaustivo y una prueba completa del daño, sino un enjuiciamiento de los modelos econométricos que tratan de explicar la realidad, a los efectos de comprobar cuál de ellos se aproxima más a la realidad del daño, por cuanto que los métodos estadísticos, por el momento en el que se produjeron los daños, la limitación de la información con la que cuentan las partes, la dificultad de aislar externalidades en la definición de las variables que pueden explicar un fenómeno a través de la econometría y la falta de transparencia en el intercambio de información entre las partes (y eso que este Juzgador se esfuerza porque haya un intercambio transparente de información), pueden ser insuficientes para una cuantificación exacta del daño.



78. De ahí que la STS nº 651/2013, de 7 de noviembre, permita que el Juzgador utilice métodos estimativos o aproximativos para la cuantificación del daño, sin que esto suponga una infracción de la normativa aplicable. Y en esta aproximación o estimación del daño, si el informe de la parte demandada no está basado en premisas más razonables o precisas que el informe de la parte demandante, juega un papel muy importante la razonabilidad y precisión de las premisas (esto es, de los factores tenidos en cuenta) del informe de la parte demandante:

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

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

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

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

79. De ahí que el ejercicio consistente en analizar cuál de los modelos propuestos por las partes configura una cuantificación razonable del daño, sin exigir una cuantificación exacta, no sólo no es un ejercicio ajeno al derecho, sino que se ajusta a lo establecido por nuestro TS. Eso sí, al no haberse ratificado el informe pericial de la parte demandada en el acto de la vista, y haberse interesado su consideración como mera documental, su valoración probatoria no puede llevar a este Juzgador a tener en consideración las observaciones técnicas relativas a los modelos econométricos implementados en el referido como informe pericial de la parte demandada, y no pueden tenerse en cuenta por este Juzgador a los efectos de determinar la existencia de perjuicio consistente en sobreprecio, la supuesta ruptura del nexo causal entre la conducta castigada por la Resolución de la CNMC y el perjuicio sufrido, que es el ámbito probatorio que le quedaba a la parte demandada, tal y como se ha definido la acción.

## **SEGUNDO.- Prescripción.**

### **A) Planteamiento de la controversia.**

80. La asistencia letrada de la parte demandada, partiendo de la configuración de la acción ejercitada, compartida por este Juzgador, como una acción de responsabilidad civil extracontractual del artículo 1902 del CC, recuerda que el plazo de prescripción de las citadas acciones, conforme al artículo 1968.2 del CC, es de 1 año, plazo de prescripción que tiene como *dies a quo* el del momento en el que el reclamante tuviera o hubiera podido tener conocimiento del daño reclamado, y que para esto, es necesario que éste pueda tener un conocimiento cierto, seguro y exacto de la entidad de los perjuicios.

81. A este respecto, la asistencia letrada de la parte demandada recuerda que la parte demandante trató de interrumpir la prescripción de la acción mediante el requerimiento extrajudicial remitido en fecha posterior al día 15 de septiembre de 2015, siendo que ese día, fecha de publicación de la Resolución de la CNMC, la parte demandante tenía a su disposición todos los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar su acción.



**82.** La asistencia letrada de la parte demandada, partiendo de la consideración de que el inicio del cómputo del plazo de prescripción debe fijarse en el momento en el que los posibles perjudicados conocieron o estuvieron en condiciones de conocer la existencia del daño, identificado con la existencia de la Resolución de la CNMC y la identidad de los infractores, argumenta que este momento no tiene por qué coincidir necesariamente con la publicación de la Resolución de la CNMC, como defiende la asistencia letrada de la parte demandante, con citas de numerosas resoluciones judiciales de nuestros Juzgados y Tribunales, sino que es posible que fuera antes.

**83.** En concreto, la asistencia letrada de la parte demandada considera que el *dies a quo* debe fijarse en el momento en que se publicó la Resolución de la CNMC, ya que se fijaba el hecho punible, se determinaba su objeto y partícipes y permitía al perjudicado determinar la ilicitud de la conducta y su cuantificación, sin que, fuera preciso acudir a la firmeza de la resolución administrativa, al haberse eliminado, como he explicado en el fundamento de derecho anterior, la prejudicialidad administrativa, pudiendo cualquier ciudadano que se considerara perjudicado por una conducta colusoria, acudir a los juzgados para impetrar de éstos el resarcimiento del citado perjuicio. En este sentido, manifiesta que era la postura seguida por nuestros tribunales en el supuesto del denominado cártel de los sobres de papel (SAP Barcelona (Sección 15ª), de 10 de enero de 2020; SJM nº 3 de Barcelona, de 5 y 10 de septiembre de 2018), o en el supuesto del denominado cártel del seguro decenal (SAP Madrid (Sección 28ª), de 3 de junio de 2017; o SAP Valencia (Sección 9ª), de 19 de enero de 2021).

**84.** El recurso interpuesto, a juicio de la asistencia letrada de la parte demandada no puede afectar al *dies a quo*, pese a que se pudiera discutir el objeto material de la infracción y sus efectos, y no solo la cuantía de la infracción, por cuanto que, de lo contrario, se sería poco respetuoso con la teoría del conocimiento cabal y la aptitud plena para litigar.

**85.** En resumen, la asistencia letrada de la parte demandada considera que la acción ejercitada en la demanda, debería haberse interpuesto antes del día 15 de septiembre de 2015, por lo que, al no constar la recepción de las reclamaciones extrajudiciales con anterioridad al día 15 de septiembre de 2016, estas reclamaciones no tuvieron efectos interruptivos, y, en consecuencia, la acción está prescrita. Y, en concreto, tomando como fecha final de cómputo del plazo de prescripción, el día 15 de septiembre de 2016, lo cierto es que consta que la recepción de la carta remitida el día 30 de noviembre de 2021, fue posterior al día 15 de septiembre de 2016, en concreto, el día 20 de diciembre de 2021, lo que, en aplicación de la doctrina de la eficacia del acto, determina la prescripción de la acción ejercitada.

## **B) Valoración de la normativa aplicable.**

### **B.1.- Delimitación del problema.**

**86.** De conformidad con el artículo 10.3 de la Directiva de daños y el artículo 74.1 de la LDC, el plazo de prescripción de las acciones *follow on* no podrá ser inferior a 5 años (el artículo 74.1 de la LDC establece que "La acción para exigir la responsabilidad por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de las infracciones del Derecho de la competencia prescribirá a los cinco años"). El cómputo del plazo, como señala el artículo 74.2 de la LDC, "comenzará en el momento en el que hubiera cesado la infracción del Derecho de la competencia y el demandante tenga conocimiento de las siguientes circunstancias: a) la conducta y el hecho de que sea constitutiva de una infracción del Derecho de la competencia; b) el perjuicio ocasionado por la citada infracción; y c) la identidad del infractor".

**87.** Con anterioridad a la incorporación a la LDC de los artículos 71 y siguientes, lo que tuvo lugar mediante el RD Ley 9/2017, las acciones encaminadas a lograr el resarcimiento de los daños causados por las prácticas contrarias a las normas de defensa de la competencia, como acciones de responsabilidad extracontractual que el TS consideraba que eran (STS nº 651/2013, de 7 de noviembre), estaban sometidas al plazo de prescripción previsto para estas acciones en el artículo 1968.2 del CC, esto es, al plazo de 1 año. Y este plazo, conforme al artículo 1969 del CC, "cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse".

**88.** Por tanto, como quiera que la transposición de la Directiva de daños, que debería haberse transpuesto antes del día 31 de diciembre de 2016, tuvo lugar el día 26 de mayo de 2017, hasta el momento de la citada transposición, regía el plazo y cómputo de prescripción de los artículos 1968.2 y 1969 del CC. Y en este sentido, como quiera que la Resolución de la CE por el que se declaraba la existencia del acuerdo colusorio objeto de esta sentencia, tuvo lugar el día 15 de septiembre de 2015, publicada el mismo día, haciendo posible el ejercicio de la acción desde ese mismo día, por cuanto que se conocía a los integrantes del cartel de vehículos y la práctica constitutiva de infracción de las normas de defensa de la competencia, el plazo de 1 año culminaría el día 15 de septiembre de 2016, conllevando que todas las acciones *follow on* presentadas con posterioridad estuvieran abocadas a ser desestimadas por haber prescrito.



## B.2.- Normativa aplicable.

89. Lo primero que debemos tener presente es que el plazo y cómputo de prescripción fijado por la Directiva de daños, e incorporado a nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 74.2 de la LDC, no puede aplicarse a las acciones *follow on* derivadas del acuerdo colusorio declarado por la Decisión de la CE de 19 de julio de 2016, ya que la Disposición Transitoria Primera (en adelante, DT 1ª), apartado 1, del RD Ley 9/2017, excluye el carácter retroactivo de las nuevas disposiciones: " *Las previsiones recogidas en el artículo tercero de este Real Decreto -ley no se aplicarán con efecto retroactivo*". En este sentido se pronunció el Abogado General del TJUE, en sus Conclusiones de 28 de octubre de 2021, en el asunto C-267/20:

### " a) Sobre el margen de maniobra de los Estados miembros en la determinación de las disposiciones sustantivas y procesales de la Directiva 2014/104

55. Antes de nada, conviene determinar si los Estados miembros disponen de libertad para calificar las normas adoptadas para garantizar la transposición de la Directiva 2014/104 de normas de naturaleza sustantiva o procesal.

56. Los Gobiernos español y estonio consideran que debe darse una respuesta afirmativa a esta cuestión. Así, estos Gobiernos sostienen que, en tanto la cuestión del plazo de prescripción de las acciones por daños no se haya armonizado exhaustivamente al nivel del Derecho de la Unión, el ordenamiento jurídico nacional respectivo puede calificar libremente las normas que rigen esta prescripción de normas sustantivas o de normas procesales.

57. Asimismo, el Gobierno estonio alega que los Estados miembros disfrutan de una autonomía procesal que les confiere un margen de maniobra en la aplicación de la Directiva 2014/104 que el Tribunal de Justicia está obligado a respetar siempre que el Estado miembro observe, por su parte, los principios de equivalencia y efectividad. Según este Gobierno, la calificación de una norma como de naturaleza «sustantiva» o «procesal» tras la entrada en vigor de la citada Directiva constituye una intervención inaceptable en la autonomía procesal de los Estados miembros.

58. En cambio, en opinión de la Comisión y de una de las demandadas, la cuestión de cuáles sean, de entre las disposiciones de la Directiva 2014/104, las sustantivas y las que no lo son debe apreciarse a la vista del Derecho de la Unión y no de las exigencias del Derecho nacional aplicable.

59. Comparto esta última tesis.

60. En primer lugar, ha de hacerse constar que, si bien el artículo 22 de la Directiva 2014/104 no define cuáles son las disposiciones sustantivas y cuáles son las de carácter procesal, este artículo se refiere expresamente a las «disposiciones sustantivas de la presente Directiva», lo cual parece apuntar a que la naturaleza de estas disposiciones es una cuestión específica del Derecho de la Unión.

61. En segundo lugar, debe recordarse que, entre los objetivos principales de la Directiva 2014/104, figura la voluntad de garantizar una aplicación uniforme del Derecho de la competencia de la Unión, aumentar la efectividad y la eficiencia procedimental de las acciones por daños en este ámbito y garantizar la efectividad y coherencia de la aplicación de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE. (25) Pues bien, dejar a los Estados miembros tal margen discrecional podría dar lugar a una aplicación ni coherente ni uniforme de las disposiciones de esta Directiva en los diferentes ordenamientos jurídicos, lo cual sería contrario a los objetivos antes mencionados. En cambio, considerar que el Derecho de la Unión debe determinar, de entre las disposiciones de dicha Directiva, las que son sustantivas y las que no lo son permitiría reforzar la seguridad jurídica e impedir y disuadir a las personas perjudicadas por una infracción de las normas de Derecho de la competencia de ejercitar una acción por daños ante un órgano jurisdiccional concreto que haya elegido debido a que tal modo de proceder llevará a la aplicación de normas sustantivas y procesales más favorables a sus intereses que las que podría aplicar otro órgano jurisdiccional nacional. Dicho con otras palabras, este planteamiento permitiría evitar el «forum shopping».

62. En tercer lugar, debo indicar que, aunque se admitiera que el legislador de la Unión ha dejado en manos de los Estados miembros la decisión de determinar qué disposiciones son de carácter sustantivo o procesal, no es menos cierto que esta decisión debe tomarse de conformidad con los principios generales del Derecho de la Unión y el principio de efectividad del Derecho de la competencia, con el fin de garantizar un sistema eficaz de sanción de las infracciones del Derecho de la competencia perseguidas a instancias de los particulares.

63. Así, en mi opinión, procede examinar las cuestiones prejudiciales segunda y tercera partiendo de la premisa de que la determinación de la naturaleza de las disposiciones de la Directiva 2014/104 es una cuestión que se rige por el Derecho de la Unión.

### b) Normas que rigen los plazos de prescripción de conformidad con el artículo 10 de la Directiva 2014/104



64. *Ha de observarse que, a semejanza del artículo 17 de la Directiva 2014/104, el legislador español transpuso el artículo 10 de dicha Directiva al Derecho interno en cuanto disposición sustantiva carente de efecto retroactivo.*
65. *Procede recordar que la Abogada General Kokott se pronunció sobre la calificación del artículo 10 de la Directiva 2014/104 en sus conclusiones presentadas en el asunto Cogeco, considerando que no se trata de una disposición puramente procesal. (26)*
66. *Por lo demás, el Tribunal de Justicia también ha declarado que, a diferencia de los plazos de procedimiento, el plazo de prescripción está vinculado al Derecho material, pues tiene como función proteger tanto a la persona que se ha visto lesionada -ya que esta debe disponer de tiempo suficiente para recoger la información apropiada para presentar el posible recurso- como a la persona responsable del daño -evitando que la persona que se ha visto lesionada pueda retrasar ad infinitum el ejercicio de su derecho a una indemnización por daños y perjuicios-. (27)*
67. *Asimismo, ha de observarse que la cuestión del plazo de prescripción es una cuestión de Derecho sustantivo en la mayoría de las legislaciones nacionales y que, en consecuencia, el artículo 10 de la Directiva 2014/104 se ha transpuesto como disposición sustantiva en la mayoría de los Estados miembros. (28)*
68. *A este respecto, es preciso señalar que, contrariamente al caso de otros Estados miembros, (29) el legislador español no parece haber previsto disposiciones transitorias especiales en cuanto al ámbito de aplicación *ratione temporis* de las nuevas normas de prescripción*
69. *A la vista de cuanto precede, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 22, apartado 2, de la Directiva 2014/104 debe interpretarse en el sentido de que el artículo 10 de esta Directiva no se aplica a una acción por daños que, pese a haber sido ejercitada tras la entrada en vigor de dicha Directiva y de las disposiciones nacionales de transposición, versa sobre hechos y sanciones anteriores a la entrada en vigor de estas disposiciones."*
90. *En consecuencia, hemos de estar a la normativa civil del plazo y cómputo de prescripción de las acciones de responsabilidad civil extracontractual.*
91. *Cabe preguntarnos si el hecho de que España haya incumplido el plazo de transposición de la Directiva de daños puede tener algún efecto sobre el plazo y cómputo de prescripción de las acciones *follow on*. Dicho de otro modo, cabe preguntarnos si es posible apreciar algún efecto directo de la Directiva de daños, que permita a los perjudicados por el acuerdo colusorio declarado por la Resolución de la CNMC, invocar el plazo y cómputo del plazo de prescripción recogido en el artículo 10 de la Directiva de daños.*
92. *Para dar respuesta a esta pregunta conviene tener presente la doctrina del efecto directo de las Directivas, y en concreto la doctrina emanada de la STJUE de 14 de julio de 1994 (asunto C-91/92, caso Faccini Dori), que establece que el efecto directo de una Directiva únicamente puede reconocerse en las relaciones entre un particular y una entidad del Estado (efecto directo vertical), y no en las relaciones entre particulares (negación del efecto directo horizontal) (" 2) A falta de medidas de adaptación del Derecho interno a lo dispuesto en la Directiva 85/577 dentro del plazo señalado, los consumidores no pueden fundar en la Directiva en sí misma un derecho de renuncia frente a los comerciantes con los que han celebrado un contrato e invocarlo ante un órgano jurisdiccional nacional. Sin embargo, éste está obligado, cuando aplica disposiciones de Derecho nacional, sean anteriores o posteriores a la Directiva, a interpretarlas, en toda la medida posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Directiva"), si bien establece la importante matización de que la interpretación que se haga de la normativa nacional deberá respetar, en la medida de lo posible, la letra y la finalidad de la Directiva no transpuesta. También juzgo conveniente tener presente la STJCE de 22 de junio de 1989 (asunto 103/88, caso Fratelli Costanzo), que señala que el efecto directo de las Directivas en las relaciones verticales habilita al juez nacional a no aplicar las disposiciones de Derecho nacional que sean abiertamente contrarias a las disposiciones de la Directiva no transpuesta (" 4) Al igual que al Juez nacional, a la Administración Pública, incluida la Administración Local, le incumbe la obligación de aplicar lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 29 de la Directiva 71/305 del Consejo, así como la de no aplicar aquellas disposiciones de Derecho nacional que infrinjan dicho precepto").*
93. *En nuestro caso, como se trata de una disposición de la Directiva de daños que hace referencia al ejercicio de una acción *follow on*, que atañe a la relación entre particulares, y no a la relación entre un particular y una entidad pública, no puede predicarse el efecto directo en las relaciones verticales, y sí la exclusión del efecto directo en las relaciones horizontales, lo que acarrearía que no pueda invocarse la aplicación de la Directiva de daños, y debemos acudir al plazo y cómputo del plazo de prescripción previsto en los artículos 1968.2 y 1969 del CC. No obstante lo anterior, no se debe olvidar que el juez nacional deberá interpretar la norma nacional, esto es los artículos 1968.2 y 1969 del CC, en la medida de lo posible, de forma que se respete la letra y la finalidad de la Directiva de daños.*





94. Y como quiera que la finalidad de la Directiva de daños puede extraerse del propio artículo 4 de ésta, que recoge el principio de efectividad del Derecho comunitario, la única interpretación posible de los artículos 1968.2 y 1969 del CC es aquélla que no haga prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de acciones *follow on*. No cabe duda que el establecimiento de plazos extremadamente cortos de prescripción, y aquí el plazo de 1 año se antoja extremadamente corto, por cuanto que, si bien con la publicación de la Decisión de la CE cualquier perjudicado pudo conocer los hechos constitutivos de la infracción de las normas de defensa de la competencia, así como las personas contra las que podía dirigir la acción, es muy difícil que haya podido reunir los elementos de hecho y de derecho suficiente como para poder cuantificar y concretar la pretensión resarcitoria. En consecuencia, si sujetáramos el ejercicio de las acciones *follow on* al plazo y cómputo del plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad extracontractual, en la práctica, se estaría haciendo prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de tales acciones, por la dificultad de calcular el perjuicio sufrido por la conducta infractora en tan perentorio periodo de tiempo.

95. Dado que no es posible dejar de aplicar los artículos 1968.2 y 1969 del CC, por cuanto que no estamos ante una relación vertical, únicamente cabe encontrar una interpretación de estos artículos que respete el principio de efectividad. Y esta interpretación la encontramos en la propia redacción del artículo 10.2 de la Directiva de daños, que al fijar como *dies a quo* del plazo de prescripción de las acciones *follow on* el del día en que el actor tuvo conocimiento o pudo tener razonablemente conocimiento de la conducta y el hecho que sea constitutiva de una infracción del Derecho de la competencia, que la infracción del Derecho de la competencia le ocasionó un perjuicio y la identidad del infractor, nos permite interpretar el inicio del plazo de prescripción a que se refiere el artículo 1969 del CC (" *se contará desde el día en que pudieron ejercitarse*") en el sentido de que únicamente pudo ejercitarse la acción *follow on* cuando el demandante tuvo conocimiento del perjuicio ocasionado por la infracción de las normas de defensa de la competencia.

96. Este conocimiento del perjuicio ocasionado por la infracción de las normas de defensa de la competencia es muy razonable que no se conociera en el momento de la publicación de la Resolución de la CNMC, ya que, si como señala la Guía Práctica, pueden utilizarse métodos comparativos, métodos econométricos o métodos de simulación para el cálculo de las indemnizaciones, todos estos métodos exigen el acceso a una serie de datos que, por la discreción que rodea a los procedimientos de clemencia, no pudieron ser conocidos en el momento de la publicación de la Resolución de la CNMC. Es más, el acceso a estos datos es posible que únicamente sea factible a través del recurso al acceso a las fuentes de prueba del artículo 283 bis de la LEC, lo que hace todavía más necesario efectuar una interpretación flexible que permita el acceso al procedimiento a los perjudicados por el acuerdo colusorio.

97. En consecuencia, puede aceptarse que una interpretación de los artículos 1968.2 y 1969 del CC que permita fijar como *dies a quo* del plazo de prescripción de 1 año, aquél en el que el demandante tuvo conocimiento de los datos necesarios para efectuar la estimación del perjuicio sufrido por la constatada infracción de las normas de defensa de la competencia, para lo cual puede resultar necesario aplicar las normas relativas al acceso a las fuentes de prueba del artículo 283 bis de la LEC, es la única interpretación acorde con el principio de efectividad.

### **B.3.- STJUE de 28 de marzo de 2019 (asunto C-637/17, caso Cogeco ).**

98. La argumentación esgrimida en el apartado anterior, si bien con las diferencias existentes entre el derecho portugués y el derecho español, parece haber recibido el oportuno refrendo en la STJUE de 28 de marzo de 2019 (asunto C-637/17, caso Cogeco), en el que, analizando el efecto directo, no de la Directiva de daños, sino de los artículos 101 y 102 del TFUE, concluyó:

a) " *La duración del plazo de prescripción no puede ser tan corta que, junto con las demás reglas de prescripción, haga prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho a reclamar el resarcimiento.*"

b) " *Plazos de prescripción cortos, que empiezan a correr antes de que la persona perjudicada por una infracción del Derecho de la competencia de la Unión pueda conocer la identidad del infractor, pueden hacer prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho a reclamar el resarcimiento.*"

99. Debe tenerse presente que el plazo de prescripción de la acción en el derecho portugués es de 3 años, por lo que la censura relativa a la existencia de plazos de prescripción cortos efectuada al derecho portugués, puede trasladarse a nuestro derecho. Es cierto que la STJUE citada se refiere a un supuesto de abuso de posición dominante, que es un supuesto distinto al que nos ocupa, y respecto de una acción que tiene una normativa de prescripción no exactamente trasladable a nuestro derecho, pero también lo es que la argumentación esgrimida a propósito de cómo debe interpretarse el plazo de prescripción es exactamente idéntica a la que acabo de exponer, y que, por tanto, puede afirmarse que la interpretación efectuada en esta sentencia puede afirmarse que ha recibido el refrendo del TJUE, y que, por tanto, que no es descabellada o desacertada.

**B.4.- STJUE de 22 de junio de 2022 (asunto C-267/20, caso Volvo y DAF ).**

**100.** La argumentación que estoy haciendo a propósito de la prescripción, ha sido acogida por la STJUE de 22 de junio de 2022 (asunto C-267/20, caso Volvo y DAF), aludida de forma incompleta, y espero que de manera no intencional, por la parte demandada, al señalar que:

" 43. *Por lo que respecta, en primer lugar, a la naturaleza sustantiva o no sustantiva del artículo 10 de la Directiva 2014/104, ha de recordarse que, a tenor de su apartado 1, este artículo establece normas aplicables a los plazos de prescripción para ejercitar acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia. Los apartados 2 y 4 de dicho artículo determinan, en particular, el momento en el que comienza a correr el plazo de prescripción y las circunstancias en las que este puede interrumpirse o suspenderse.*

44. *El artículo 10, apartado 3, de esta Directiva precisa la duración mínima del plazo de prescripción. Según esta disposición, los Estados miembros deben velar por que el plazo para el ejercicio de una acción por daños por infracciones del Derecho de la competencia sea de al menos cinco años.*

45. El plazo de prescripción establecido en el artículo 10, apartado 3, de la Directiva 2014/104 tiene por función, en particular, por un lado, garantizar la protección de los derechos de la persona que se ha visto lesionada, ya que esta debe disponer de tiempo suficiente para recoger la información apropiada para presentar el posible recurso, y, por otro lado, evitar que la persona que se ha visto lesionada pueda retrasar ad infinitum el ejercicio de su derecho a una indemnización por daños y perjuicios en detrimento de la persona responsable del daño. Por tanto, este plazo protege tanto a la persona que se ha visto lesionada como a la persona responsable del daño (véase, por analogía, la sentencia de 8 de noviembre de 2012, Evropaïki Dynamiki/Comisión, C469/11 P, EU:C:2012:705, apartado 53).

46. En este contexto, procede señalar que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, a diferencia de los plazos procesales, el plazo de prescripción, al conllevar la extinción de la acción judicial, se refiere al Derecho material, ya que afecta al ejercicio de un derecho subjetivo que la persona afectada ya no podrá invocar de manera efectiva ante un tribunal (véase, por analogía, la sentencia de 8 de noviembre de 2012, Evropaïki Dynamiki/Comisión, C469/11 P, EU:C:2012:705, apartado 52).

47. *Por consiguiente, como ha señalado, en esencia, el Abogado General en los puntos 66 y 67 de sus conclusiones, procede considerar que el artículo 10 de la Directiva 2014/104 es una disposición sustantiva a efectos del artículo 22, apartado 1, de dicha Directiva.*

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

49. *A tal efecto, habida cuenta de las particularidades de las normas de la prescripción, de su naturaleza y de su mecanismo de funcionamiento, en particular en el contexto de una acción por daños ejercitada a raíz de una resolución firme por la que se declara la existencia de una infracción del Derecho de la Unión en materia de competencia, procede examinar si, en la fecha de expiración del plazo de transposición de la Directiva 2014/104, a saber, el 27 de diciembre de 2016, se había agotado el plazo de prescripción aplicable a la situación de que se trata en el litigio principal, lo que implica determinar el momento en el que comenzó a correr ese plazo de prescripción.*

50. *Pues bien, por lo que se refiere al momento a partir del cual comenzó a correr dicho plazo de prescripción, procede recordar que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ante la inexistencia de una normativa de la Unión en la materia aplicable ratione temporis, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular el modo de ejercicio del derecho a solicitar la reparación del daño resultante de una infracción de los artículos 101TFUE y 102TFUE, incluyendo las relativas a los plazos de prescripción, siempre que se respeten tanto el principio de equivalencia como el principio de efectividad, principio este último que exige que las normas aplicables a los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el efecto directo del Derecho de la Unión confiere a los justiciables no hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 28 de marzo de 2019, Cogeco Communications, C637/17, EU:C:2019:263, apartados 42 y 43).*

51. En el presente asunto, de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia se desprende que, antes de la transposición de dicha Directiva al Derecho español, el plazo de prescripción aplicable a las acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia se regulaba por el régimen general de la responsabilidad civil extracontractual y que, en virtud del artículo 1968, apartado 2, del Código Civil, ese plazo de prescripción de un



año no empezaba a correr hasta el momento en el que el demandante en cuestión no tuviera conocimiento de los hechos de los que nace la responsabilidad. Si bien en el auto de remisión no figuran expresamente cuáles son, según el Derecho español, los hechos de los que nace la responsabilidad, cuyo conocimiento da inicio al cómputo del plazo de prescripción, los autos ante el Tribunal de Justicia parecen indicar que tales hechos implican el conocimiento de la información imprescindible para ejercitar una acción por daños. Incumbe al tribunal remitente determinar si ello es así.

52. *Es igualmente cierto que, cuando un órgano jurisdiccional nacional debe resolver un litigio entre particulares, incumbe a dicho órgano jurisdiccional, en su caso, interpretar las disposiciones nacionales de que se trate en ese litigio, en la medida de lo posible, a la luz del Derecho de la Unión y, más concretamente, de la letra y de la finalidad del artículo 101 TFUE, sin proceder, no obstante, a una interpretación contra legem de esas disposiciones nacionales (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2021, Whiteland Import Export, C308/19, EU:C:2021:47, apartados 60a62).*

53. *A este respecto, procede recordar que una norma nacional que fija la fecha a partir de la cual se inicia el plazo de prescripción, la duración y las condiciones de la suspensión o de la interrupción de este debe adaptarse a las particularidades del Derecho de la competencia y a los objetivos de la aplicación de las normas de este Derecho por las personas afectadas a fin de no socavar la plena efectividad de los artículos 101TFUE y 102TFUE (véase, en este sentido, la sentencia de 28 de marzo de 2019, Cogeco Communications, C637/17, EU:C:2019:263, apartado 47).*

54. *En efecto, el ejercicio de las acciones por daños por infracción del Derecho de la Unión en materia de competencia exige, en principio, que se realice un análisis fáctico y económico complejo (sentencia de 28 de marzo de 2019, Cogeco Communications, C637/17, EU:C:2019:263, apartado 46).*

55. *También ha de tenerse en cuenta que los litigios relativos a infracciones del Derecho de la Unión en materia de competencia y del Derecho nacional en esa misma materia se caracterizan, en principio, por una asimetría de información en detrimento de la persona perjudicada por la infracción, como se recuerda en el considerando 47 de la Directiva 2014/104, lo que hace que sea para el perjudicado más difícil obtener la información imprescindible para ejercitar una acción por daños que para las autoridades de competencia recabar la información necesaria para ejercitar sus prerrogativas de aplicación del Derecho de la competencia.*

56. *En este contexto, procede considerar que, a diferencia de la norma aplicable a la Comisión, que figura en el artículo 25, apartado 2, del Reglamento n.º 1/2003, según la cual el plazo de prescripción para la imposición de sanciones comenzará a contar a partir del día en que se haya cometido la infracción o, respecto de las infracciones continuas o continuadas, a partir del día en que haya finalizado la infracción, los plazos de prescripción aplicables a las acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión no pueden empezar a correr antes de que haya cesado la infracción y de que la persona perjudicada tenga conocimiento o haya podido razonablemente tener conocimiento de la información indispensable para ejercitar su acción por daños.*

57. *En caso contrario resultaría prácticamente imposible o excesivamente difícil ejercitar el derecho a solicitar una indemnización.*

58. *Por lo que respecta a la información indispensable para el ejercicio de una acción por daños, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cualquier persona tiene derecho a solicitar la reparación del daño sufrido cuando exista una relación de causalidad entre dicho daño y una infracción del Derecho de la Unión en materia de competencia (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de junio de 2014, Kone y otros, C557/12, EU:C:2014:1317, apartado 22 y jurisprudencia citada, y de 28 de marzo de 2019, Cogeco Communications, C637/17, EU:C:2019:263, apartado 40).*

59. *De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia también resulta que es indispensable, para que la persona perjudicada pueda ejercitar una acción por daños, que sepa quién es la persona responsable de la infracción del Derecho de la competencia (sentencia de 28 de marzo de 2019, Cogeco Communications, C637/17, EU:C:2019:263, apartado 50).*

60. *De ello se deduce que la existencia de una infracción del Derecho de la competencia, la existencia de un perjuicio, la relación de causalidad entre ese perjuicio y la infracción y la identidad del autor de esta forman parte de los elementos indispensables de los que la persona perjudicada debe disponer para ejercitar una acción por daños.*

61. *En estas circunstancias, procede considerar que los plazos de prescripción aplicables a las acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión no pueden empezar a correr antes de que haya finalizado la infracción y de que la persona perjudicada tenga conocimiento*



- o haya podido razonablemente tener conocimiento tanto del hecho de que ha sufrido un perjuicio por razón de dicha infracción como de la identidad del autor de esta.
62. En el caso de autos, la infracción finalizó el 18 de enero de 2011. Ahora bien, por lo que respecta a la fecha en la que puede considerarse razonablemente que RM tuvo conocimiento de la información indispensable que le permitía ejercitar una acción por daños, Volvo y DAF Trucks consideran que la fecha pertinente es la de la publicación del comunicado de prensa relativo a la Decisión C(2016) 4673 final, esto es, el 19 de julio de 2016, y, en consecuencia, que el plazo de prescripción previsto en el artículo 1968 del Código Civil comenzó a correr el día de esa publicación.
63. En cambio, RM, el Gobierno español y la Comisión sostienen que debe considerarse fecha pertinente el día de la publicación del resumen de la Decisión C(2016) 4673 final en el Diario Oficial de la Unión Europea, a saber, el 6 de abril de 2017.
64. Si bien ni siquiera en un asunto relativo a un cártel puede excluirse que la persona perjudicada pueda tener conocimiento de la información indispensable para ejercitar la acción por daños mucho antes de la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea del resumen de una decisión de la Comisión, o incluso antes de la publicación del comunicado de prensa relativo a dicha decisión, no resulta de los autos en poder del Tribunal de Justicia que ello haya sucedido en el litigio principal.
65. Es preciso, pues, determinar cuál de esas dos publicaciones es la que permite razonablemente considerar que RM tuvo conocimiento de la información indispensable que le permitía ejercitar una acción por daños.
66. Para ello, procede tener en cuenta el objeto y la naturaleza de los comunicados de prensa relativos a las decisiones de la Comisión y de los resúmenes de esas decisiones publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea.
67. Como ha señalado el Abogado General, en esencia, en los puntos 125 a 127 de sus conclusiones, primero, los comunicados de prensa contienen, en principio, información menos detallada sobre las circunstancias del asunto de que se trate y sobre las razones por las que un comportamiento restrictivo de la competencia puede calificarse de infracción que los resúmenes de las decisiones de la Comisión, publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea, que, según el artículo 30 del Reglamento n.º 1/2003, deben mencionar los nombres de las partes y el contenido principal de la decisión en cuestión, incluidas las sanciones impuestas.
68. Además, los comunicados de prensa no están destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros, en particular las personas perjudicadas. Constituyen, en cambio, documentos breves destinados, en principio, a la prensa y a los medios de comunicación. Por lo tanto, no puede considerarse que exista, por parte de las personas perjudicadas por una infracción del Derecho de la competencia, un deber general de diligencia que los obligue a llevar un seguimiento de la publicación de tales comunicados de prensa.
69. Por último, contrariamente a los resúmenes de las decisiones de la Comisión, que, según el punto 148 de la Comunicación de la Comisión sobre buenas prácticas para el desarrollo de los procedimientos de aplicación de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE, se publican en el Diario Oficial de la Unión Europea en todas las lenguas oficiales de la Unión poco después de la adopción de la decisión de que se trate, los comunicados de prensa no se publican necesariamente en todas las lenguas oficiales de la Unión.
70. En el caso de autos, como el Abogado General ha indicado, en esencia, en los puntos 129 a 131 de sus conclusiones, el comunicado de prensa no parece identificar con la precisión del resumen de la Decisión C(2016)4673 final la identidad de los autores de la infracción de que se trata, su duración exacta y los productos a los que afecta dicha infracción.
71. En estas circunstancias, no puede considerarse razonablemente que, en el caso de autos, en la fecha de publicación del comunicado de prensa relativo a la Decisión C(2016)4673 final, a saber, el 19 de julio de 2016, RM tuviera conocimiento de la información indispensable que le habría permitido ejercitar su acción por daños. En cambio, sí puede considerarse razonablemente que RM tuvo tal conocimiento en la fecha de la publicación del resumen de la Decisión C (2016) 4673 final en el Diario Oficial de la Unión Europea, a saber, el 6 de abril de 2017.
72. En consecuencia, la plena efectividad del artículo 101 TFUE exige considerar que, en el caso de autos, el plazo de prescripción comenzó a correr el día de dicha publicación.
73. De este modo, en tanto en cuanto el plazo de prescripción empezó a correr después de que expirara el plazo de transposición de la Directiva 2014/104, es decir, después del 27 de diciembre de 2016, y continuó computando incluso después de la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2017, adoptado para transponer esa Directiva, es decir, después del 27 de mayo de 2017, dicho plazo se agotó necesariamente con posterioridad a esas dos fechas.





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

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

76. En este contexto ha de recordarse que, según reiterada jurisprudencia, una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y, por consiguiente, no puede ser invocada como tal en su contra. En efecto, ampliar la invocabilidad de una disposición de una directiva no transpuesta, o transpuesta de manera incorrecta, al ámbito de las relaciones entre los particulares equivaldría a reconocer a la Unión la facultad de establecer con efectos inmediatos obligaciones a cargo de los particulares, cuando únicamente tiene dicha competencia en los casos en que se le atribuye la facultad de adoptar reglamentos (sentencia de 7 de agosto de 2018, Smith, C122/17, EU:C:2018:631, apartado 42 y jurisprudencia citada).

77. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende asimismo que, en un litigio entre particulares, como es el litigio principal, los órganos jurisdiccionales nacionales, a partir de la expiración del plazo de transposición de una directiva no transpuesta, deben interpretar el Derecho nacional de tal forma que la situación en cuestión resulte inmediatamente compatible con las disposiciones de dicha Directiva, sin proceder, no obstante, a una interpretación *contra legem* del Derecho nacional (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de octubre de 2018, Klohn, C167/17, EU:C:2018:833, apartados 45 y 65).

78. En cualquier caso, habida cuenta de que transcurrieron menos de doce meses entre la fecha de la publicación del resumen de la Decisión C(2016)4673 final en el Diario Oficial de la Unión Europea y el ejercicio, por parte de RM, de la acción por daños, no parece, sin perjuicio de que ello sea verificado por el tribunal remitente, que tal acción por daños estuviera prescrita en el momento en el que fue ejercitada.

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

**101.** En este sentido, debe tenerse presente que el hecho de que la STJUE, como la del caso Cogeco, haya afirmado que las normas relativas al plazo y cómputo del plazo de prescripción, no tienen carácter de normas procesales, sino que se trata de normas sustantivas, tiene una relevancia capital a la hora de resolver la controversia, por cuanto que este Juzgador, en su calidad de juez comunitario, no puede desvincularse de las decisiones del supremo intérprete de la normativa comunitaria, como es el TJUE. Es cierto que este Juzgador, y así lo ha defendido en otras sentencias relativas al denominado cártel de vehículos, y lo ha explicado en el presente fundamento de derecho, ha considerado que, mientras no se conozcan todos los integrantes del cártel, no es posible elaborar un método econométrico adecuada para el cómputo del daño causado, pues la construcción de las regresiones adolecería de los datos de los infractores no incluidos en el modelo, a la espera de que se declare la condición de infractor del supuesto fabricante. Es decir, este Juzgador afirmaba que, mientras no se resolviera quiénes estaban afectados por la Resolución de la CNMC, pendiente de resolución por el TS, en el que no se podía conocer si el recurso de casación sería o no estimado, y si la hoy demandada sería excluida del grupo de afectados por la Resolución de la CNMC, y si el objeto de la infracción sería modificado o concretado, no era posible ejercitar una acción *follow on*, con garantías de éxito, por cuanto que no era posible construir un modelo econométrico completo, en el que se incluyeran las variables de todas las entidades constructoras afectadas por la Resolución de la CNMC y de esta forma se pudieran correr las regresiones factuales y contrafactuales de una forma que su resultado se ajustase mejor al comportamiento económico del cártel.

**102.** Debe reseñarse lo desafortunada de la remisión a la falta de prejudicialidad contencioso-administrativa, tras la modificación operada en la LDC, por la que se introduce la posibilidad de que los particulares impetren la *private enforcement* de los órganos jurisdiccionales, por cuanto que esto no supone que deba ejercitarse la acción en cuanto se dicta una Resolución de la CNMC, sin esperar a la resolución del recurso de casación, que, independientemente del conocimiento que de los citados recursos pudieran tener los perjudicados, en el caso presente afectaba a la determinación de los responsables, lo que, a su vez, afecta a la confección de los modelos econométricos de determinación de la existencia del daño y de su cuantificación. Una cosa es que pueda ejercitarse el *private enforcement*, sin vinculación ninguna al *public enforcement*, y otra muy distinta



es que el *private enforcement* debe impetrarse de los juzgados con arreglo a las acciones, presupuestos de ejercicio y plazo de prescripción previstos para este tipo de acciones.

**103.** De esta forma, el principio de efectividad que debe predicar la interpretación de las normas internas, nos debe conducir a considerar que las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios derivadas de conductas colusorias fijadas en resoluciones administrativas, no es que no dependan de la citada resolución, sino que únicamente pueden ejercitarse cuando las mismas pueden ejercitarse con plena seguridad jurídica de identificación de los responsables, del periodo de infracción en el que haya intervenido cada uno de los infractores y de la conducta imputable a éstos, lo que, desde luego, exigía esperar a la firmeza de la resolución que resolvía el recurso de casación, por cuanto que no se sabía si todos los infractores a que se refiere la Resolución de la CNMC iban a mantenerse, pudiendo dar lugar al despropósito de que se estimara una acción de resarcimiento de daños contra un inicial infractor que, tras estimarse el recurso de casación interpuesto por éste, dejara de serlo en el TS. De ahí que la plena seguridad jurídica para ejercitar las acciones objeto de esta sentencia, la encontramos en el momento de la firmeza de la STS nº 759/2021, de 31 de mayo.

**104.** Pero es que, además, en el caso presente, como quiera que la acción no se pudo ejercitar hasta que fuera firme la STS nº 759/2021, de 31 de mayo, por el que se resolvió el recurso de casación planteado por la parte demandada, el día 31 de mayo de 2021, el litigio estaba todavía sin perfeccionar cuando se transpuso la Directiva de daños, lo que, de conformidad con la STJUE de 22 de junio de 2022 (asunto C-267/20, caso Volvo y DAF), determina que el régimen aplicable sea el del artículo 74 de la LDC, esto es, el plazo de 5 años.

**105.** En cualquier caso, debe tenerse presente que el *dies a quo* fijado en la STJUE de 22 de junio de 2022 (asunto C-267/20, caso Volvo y DAF), fecha de publicación de la Decisión de la Comisión Europea, no es de aplicación al caso presente, por cuanto que en el caso de la citada STJUE resultaba que la Decisión de la CE no había sido objeto de recurso o impugnación, mientras que, en el caso presente, sí que lo había sido, de tal forma que el día en el que existía plena seguridad jurídica para ejercitar la acción en la STJUE, no puede predicarse respecto de una resolución que no era firme.

### **C) Resolución de la controversia.**

**106.** La anterior argumentación es suficiente para desestimar la excepción procesal de prescripción, por cuanto que, tanto si el plazo de prescripción es el de 5 años del artículo 74 de la LDC, como si es el de 1 año del artículo 1968.2 de la LEC, en ambos casos no estaría prescrita la acción, al haberse interrumpido la prescripción el día 20 de diciembre de 2021 (documento nº 4 de la demanda), por medio de la reclamación extrajudicial de 30 de noviembre de 2021.

### **TERCERO.- Elementos de la acción ejercitada.**

**107.** Como analicé en el fundamento de derecho primero de esta sentencia, tal y como ha quedado articulada la acción de resarcimiento de daños derivados de una conducta colusoria, se exige para su estimación, en primer lugar, acreditar que existe un daño como consecuencia de una conducta restrictiva de la competencia, y en segundo lugar, establecer un enlace causal entre la conducta restrictiva de la competencia y el daño causado, en el sentido de que el mismo únicamente puede ser explicado por medio de la ejecución del acuerdo adoptado.

**108.** Ahora bien, en un supuesto como el actual, en el que la Resolución de la CNMC ha definido la conducta colusoria determinante del daño, el objeto de prueba queda indefectiblemente unido a la acreditación del enlace causal entre la conducta colusoria definida en la Resolución de la CNMC y el daño efectivamente producido, consistente en el sobreprecio pagado por los demandantes. Y en este sentido, hay dos ámbitos de análisis que necesariamente hemos de analizar: (i) ¿cuál es la conducta colusoria definida en la Resolución de la CNMC?; y (ii) la acreditación del enlace causal entre la conducta efectivamente descrita en la Resolución de la CNMC y el daño objeto de reclamación, que exige en primer lugar analizar si es posible que una conducta de intercambio de información sensible sobre políticas de marketing y márgenes a aplicar en los concesionarios es suficiente para impactar en el precio final de compraventa de un vehículo.

### **A) ¿Cuál es la conducta colusoria descrita en la Resolución de la CNMC?**

**109.** En este punto, ambas partes han mostrado una férrea discrepancia respecto del contenido y alcance de la Resolución de la CNMC, ya que mientras que la parte demandante defiende que el acuerdo colusorio, consistente en intercambios de información comercialmente sensible en el mercado español de la distribución y los servicios postventa de vehículos de marcas participantes, es hábil para lograr que los precios de los vehículos, que debieron bajar en un entorno de desplome de la demanda, no sufrieran esa correlativa bajada, la parte demandada sostiene que el acuerdo únicamente tuvo como objeto el intercambio de información comercial, que actuó de manera inocua, primero, respecto de la fijación de los precios brutos, y segundo, respecto de su eventual repercusión en la fijación de los precios netos.



**110.** En este punto, conviene que recordemos los argumentos de la parte demandada, que han tratado de ser enervados por los contrargumentos de la parte demandante, para a continuación poder llevar a una conclusión definitiva sobre el contenido de la Resolución de la CNMC:

a) En primer lugar, la asistencia letrada de la parte demandada recuerda que las conductas sancionadas se refieren al " *mercado de la distribución y comercialización de los vehículos automóviles en España por parte de las principales marcas presentes en el territorio español, es decir, la venta de automóviles nuevos y usados, recambios y accesorios, así como la prestación de los servicios de postventa realizadas por dichas marcas de automóviles en España a través de sus Redes oficiales de concesionarios, incluyendo concesionarios independientes del fabricante de la marca en cuestión y/o filiales propias de la empresa fabricante, todos ellos parte de dicha Red oficial de concesionarios de cada una de las marcas*", esto es, al mercado mayorista de vehículos nuevos, y no al mercado minorista, constituido por concesionarios, y, por tanto, este acuerdo no era apto para impactar en el citado mercado minorista.

b) En segundo lugar, debe afirmarse que la afirmación anterior no constituye el meollo de la cuestión, ya que lo que realmente debe analizarse es si ese intercambio de información sobre políticas comerciales (la infracción consistió, en palabras de la Resolución de la CNMC, en el " *intercambio de información confidencial comercialmente sensible, actual y futura, altamente desagregada. Los intercambios de información eran parte de un acuerdo complejo, que subsume múltiples acuerdos de intercambio de información, en ejecución de un plan preconcebido, aprovechando idéntica ocasión generada por foros específicos de comercialización y posventa, utilizando métodos y sistemas de seguimiento con la misma finalidad, desde febrero de 2006 hasta agosto de 2013. La información intercambiada entre las empresas mediante su Red de concesionarios: venta de vehículos nuevos, usados, prestación de servicios de taller, reparación, mantenimiento y venta de piezas de recambios oficiales*") constituyó o no un instrumento hábil para la fijación a la postre de los precios finales de los vehículos supuestamente cartelizados (la parte demandada recuerda que la Resolución de la CNMC disponía que el intercambio de información restringía " *la competencia efectiva en el mercado, al provocar una artificial disminución de la incertidumbre de las empresas en relación con la política comercial de sus competidoras y una correlativa disminución de la competencia durante los años en los que se produjeron los intercambios de información analizados*", sin que se refiera a su aptitud para influir en el precio de venta de los vehículos en el mercado minorista). Esto es precisamente lo que trata de argumentar la asistencia letrada de la parte demandante acudiendo al propio texto de la Resolución de la CNMC:

b.1.- La asistencia letrada de la parte demandante considera que, del extracto de la Resolución de la CNMC que pasamos a reproducir, no puede sostenerse que el mero intercambio de información sobre políticas comerciales no constituyó un instrumento hábil para la fijación a la postre de los precios finales de los vehículos afectados por la Resolución de la CNMC:

b.1.1.- " *Dichos intercambios de información suprimieron la incertidumbre existente en el mercado eliminando los riesgos derivados de la gestión de las redes de distribución selectiva de cada una de las marcas imputadas con respecto a las actividades de venta y postventa, sobre todo respecto a la postventa en un periodo de fuerte caída de demanda de automóviles y de exceso de oferta por parte de las redes de distribución de cada una de las marcas.*"

b.1.2.- En efecto, argumenta la asistencia letrada de la parte demandante que, en un periodo de fuerte caída de la demanda de automóviles y de exceso de oferta por parte de las redes de distribución de cada una de las marcas (esto es, los concesionarios), la eliminación de los riesgos que se asocia por la Resolución de la CNMC a la gestión de las redes de distribución selectiva de cada una de las marcas (esto es, los concesionarios), únicamente puede referirse al riesgo de que se produzca un desplome de precios, que es la consecuencia normal, en economía, de una caída de la demanda y un exceso de oferta, que se conjura, únicamente se puede explicar así, por medio de la política de descuentos y los márgenes que fijan las marcas sobre los concesionarios. Es decir, la información que se intercambiaron los infractores sí que era hábil para influir en el precio final de un vehículo, por cuanto que afectaba en las condiciones de la oferta de los concesionarios, a los efectos de que éstos no repercutieran la caída de la demanda en el precio final de venta.

b.2.- Esta conclusión es la que saca también el TS, en la STS nº 807/2021, de 7 de junio, en el extracto recogido en la contestación a la demanda:

b.2.1.- " *Por ello, añade la jurisprudencia, que el resultado colusorio se produce aun cuando a la vista de la información del competidor no se modifique el comportamiento ni se incida sobre los precios previos, si la información intercambiada tiene la virtualidad de generar la seguridad de que existirá un escenario estable y no se corre el riesgo de perder cuota de mercado, disminuyendo, por tanto, sus incentivos para competir sin que tampoco es necesario que exista una relación directa entre la práctica concertada y los precios finales aplicados al consumidor. De la doctrina citada podemos razonablemente concluir que, ante una infracción por*



*objeto y precisamente las características de este tipo de infracción, resulta irrelevante o innecesario que se acredite efecto o consecuencia alguna en el mercado, como pretende poner de relieve la actora para desvirtuar la comisión de la infracción por la que ha sido sancionada."*

b.2.2.- Ahora bien, que sea irrelevante a los efectos de determinar o no la existencia de un acuerdo colusorio por objeto, no implica que no sea apto ese acuerdo para influir en el precio final, y el hecho de que el TS afirme que el acuerdo en cuestión es apto para eliminar los riesgos del escenario de distribución selectiva, estableciendo un escenario estable en el que se elimine el riesgo para la pérdida de cuota de mercado, únicamente puede interpretarse como que el acuerdo en cuestión es hábil para eliminar el riesgo que en las redes de distribución selectiva puede producir la fuerte caída de la demanda y el exceso de oferta de los concesionarios, lo que se palía mediante el intercambio de información sobre políticas comerciales y de descuentos, que permitan fijar márgenes a los concesionarios que diluyan el efecto de la fuerte caída de la demanda y el exceso de oferta. Este riesgo es el que puede hacer que las marcas adquieran mayor o menor cuota de mercado, pues influye directamente sobre su cuota de mercado, el mayor o menor volumen de venta de vehículos que se produzca como consecuencia de los precios fijados por los concesionarios, en los que, indefectiblemente, influyen los precios de venta.

**111.** Dicho lo cual, conviene recordar que la Decisión de la CE, en sus párrafos 60 a 67, a propósito del cártel de camiones, manifestó que el intercambio de información sobre el incremento de los precios brutos, bien mediante los configuradores de camiones, bien mediante el acceso común a una hoja de cálculo relativa a los incrementos de precios brutos, categorizada por modelos de camiones de cada fabricante, en cártel de larga duración en el tiempo (desde el año 1997 hasta el año 2011) constituye un instrumento idóneo para la paulatina alineación de los precios de los camiones, lo que redundaba en una fijación de facto de los precios brutos entre los que acceden a dicha información. En este sentido, la SAP Valencia (Sección 9ª), de 16 de diciembre de 2019, llega a la misma conclusión: "*En los párrafos 60 a 67 de la Sentencia de 2013 se contienen apreciaciones sobre la influencia en los precios de venta a los consumidores de la coordinación anual de los precios de las listas de los fabricantes (con incidencia primero, en el nivel fijado para los mayoristas, y después para el destinatario final del producto), y se aprecia la posibilidad de que los incrementos coordinados de los precios de catálogo repercutan en los precios pagados por mayoristas y consumidores finales*".

a) Si esta información, en vez de versar sobre precios brutos, versa sobre condiciones comerciales de ventas en los concesionarios, esta paulatina alineación de los precios puede producirse igualmente, por cuanto que el precio de los vehículos es extremadamente sensible y elástica a la demanda, y la eliminación de este riesgo de comportamiento mimético a la caída de la demanda de los precios, se consigue precisamente, como ha señalado la Resolución de la CNMC, mediante el intercambio de información comercial sensible.

b) La acreditación de lo anterior lo encontramos en el informe pericial de la parte demandante, que, en la figura o tabla de la página 45, pone de manifiesto la relación existente entre las dos variables, esto es demanda y precio de los vehículos, y cómo, existiendo esa relación en el periodo anterior y posterior al periodo cartelizado, no encontramos ninguna relación o influencia en este periodo. Esta ausencia de correlación, que se explica por la fuerte elasticidad de la demanda que tiene el sector de los vehículos, únicamente puede explicarse como consecuencia de que el acuerdo de intercambio de información comercial sensible ha permitido alinear paulatinamente el precio final de los vehículos, actuando sobre los márgenes de los concesionarios y los descuentos, de tal forma que no ha permitido al precio comportarse de manera mimética a la demanda, que es lo que la elasticidad de la demanda comportaría. No voy a entrar a analizar los dos periodos a que se refiere la asistencia letrada de la parte demandada, en los que afirma que, en el periodo anterior al año 2010, existe una relación, siquiera mínima, entre la demanda y el precio de los vehículos, y que es, con posterioridad, cuando puede apreciarse lo acusado de la falta de relación entre ambas variables. No es preciso este análisis, por cuanto que la desestimación de la demanda procederá de otro argumento que hace innecesario que me detenga en el análisis de este argumento defensivo.

**112.** En este sentido, debe concluirse que la conducta consistente en el intercambio de información comercial sensible, es un medio hábil para impactar en el mercado minorista de vehículos, lo que se consigue mediante la alineación paulatina de los precios finales de venta como consecuencia del citado intercambio.

**113.** Como argumenta la SAP Pontevedra (Sección 1ª), de 31 de julio de 2020, referido al mercado de camiones, pero en conclusiones trasladables, *mutatis mutandi*, al mercado minorista de los vehículos, la especial naturaleza del mercado de los camiones medios y pesados, en la que la Decisión de la CE considera que es un mercado presidido por un alto grado de transparencia, y la duración del cártel, 14 años, hacen presumir que el intercambio de información era un instrumento hábil para la fijación de precios brutos, ya que permitían a los fabricantes afectados por la Decisión de la CE, calcular los precios netos de los camiones, reducir la transparencia del mercado a consecuencia de las conductas descritas en la Decisión de la CE y distorsionar de esta manera la competencia en el mercado:





" 28. (...) Consideramos hecho probado que las empresas integrantes del cártel llevaron a cabo durante catorce años intercambios de información sobre precios brutos, y sobre fijación de precios brutos. Las características del mercado de camiones ya fueron tomadas en cuenta en la propia Decisión (vid. párrafos 26 y ss. de la versión original), y precisamente por estas circunstancias, -en particular, por el alto grado de transparencia del mercado-, la conducta de intercambio de información sobre precios brutos resultaba singularmente grave. Y por virtud de esta conducta, -según se sigue del párrafo 47 de la Decisión-, las empresas participantes en el cártel estaban en condiciones de calcular el precio neto de venta al público de los camiones; por tanto, la propia Decisión asume la constatación de que el precio bruto está en la base de fijación de los precios netos, lo que se completaba con el intercambio de información sobre los sistemas de configuración de los camiones, por lo que la transparencia del mercado a la que alude el informe pericial quedó notablemente reducida a consecuencia de las conductas sancionadas. La Decisión también describe, -párrafos 52 y ss.-, conductas colusivas de fijación de precios, con ocasión de la entrada del Euro (en particular, se describe el acuerdo de incrementar los precios brutos en el caso del mercado francés). También el apartado 59 de la Decisión es ilustrativo sobre el sistema de intercambio de información sobre incremento de precios brutos. Y precisamente, por el efecto distorsionador del mercado que presentan estas conductas, son subsumibles en las hipótesis de hecho de los arts. 101.1 TFUE y 53 EEA (vid. apartado 75). Por tanto, que lo sancionado es un comportamiento constituido por una infracción sobre el objeto (vid. apartado 82) constituye una evidencia, pues a la autoridad comunitaria le basta con la constatación de que existió una restricción de la competencia, sin necesidad de cuantificar sus efectos, pues el objeto del cártel es restringir, evitar, o falsear la competencia; pero que los acuerdos sobre los precios brutos constituyen una de las conductas con más eficacia de distorsión del mercado es un hecho que también constata la propia Decisión (apartado 81).

29. Y con estos antecedentes hemos rechazado la tesis del recurrente de que los intercambios de información, y el normal alineamiento de precios que necesariamente tuvo que producirse, constituyen comportamientos inocuos para la formación de los precios finales, sin repercusión alguna para el consumidor final."

114. En consecuencia, puede concluirse que el intercambio de información comercial sensible constituye un medio adecuado para que se fijen estos precios por parte de las entidades mercantiles que se benefician de este intercambio de información.

**B) Falta de acreditación de los efectos del cártel en el momento de la compra del vehículo objeto de esta sentencia.**

115. La asistencia letrada de la parte demandada defiende que no se ha acreditado que los efectos de la participación de BMW en el foro de intercambio de información comercial sensible, que cesó en el mes de noviembre de 2009, se extendieran al momento de la adquisición del vehículo objeto de este procedimiento, el mes de noviembre de 2011.

116. Está acreditado que BMW dejó de participar en el foro de intercambio de información comercial sensible en el mes de noviembre-diciembre de 2009 (Resolución de la CNMC), y que el vehículo objeto de este procedimiento se adquirió el día 23 de noviembre de 2011 (documentos nº 1 y 2 de la demanda), esto es, casi 2 años después de que BMW dejara de participar en el cártel. Ninguna controversia se ha planteado sobre estos hechos, por lo que quedan, al amparo del artículo 281.3 de la LEC, fijos para este Juzgador.

117. La asistencia letrada de la parte demandada, en su fase de conclusiones, admitió que es habitual que, en los cárteles que afectan a la fijación de los precios finales al consumidor, exista un denominado efecto rezago, esto es, que los efectos del acuerdo colusorio se perpetúen un tiempo después de que un coludente deje de participar en el cártel, lo cual puede venir motivado, a mi juicio, bien por la propia inercia del comportamiento de los concesionarios, que les cueste traducir al precio final, el cese en la participación del fabricante y su efecto sobre los márgenes o descuentos que afectan al precio final, o bien por el efecto que el acuerdo colusorio subsistente, mantenido por otros competidores, pueda tener en el precio final de los vehículos "BMW".

118. La asistencia letrada de la parte demandada, sin prueba que corrobore su afirmación, mantuvo en el acto de conclusiones que estudios sostenían que el efecto rezago suele durar un periodo no superior a 6 meses. También afirmó que no podía existir efecto contagio del cártel subsistente, por cuanto la razón por la que BMW dejó de pertenecer al cártel fue precisamente que no formaban parte de él sus competidores directos, y que ninguna ventaja le reportaba conocer las condiciones comerciales de otros fabricantes que se movía en un sector de vehículos de inferior gama.

119. Sean o no ciertas estas razones de la falta de efecto rezago en el momento de la adquisición del vehículo objeto de este procedimiento, lo cierto es que la prueba de este hecho, la existencia de efecto rezago en el momento de la adquisición del vehículo objeto del procedimiento, en cuanto hecho fundamentador de la pretensión ejercitada en la demanda, conforme al artículo 217 de la LEC, incumbía a la parte demandante.



**120.** En cambio, la parte demandante ha eludido u omitido todo esfuerzo probatorio para acreditar que los efectos de la conducta coludente de BMW, que había dado lugar a la condena de BMW por su conducta anticompetitiva, que ha quedado acreditado que era apta para alterar el precio final de los vehículos de su marca, se mantenían incluso después de que BMW dejara de participar en el foro de intercambio de información sensible, momento de adquisición del vehículo objeto de este procedimiento, por el que no fue condenado BMW, ni se consideró que llevara a cabo conductas colusorias. Es más, el propio perito de la parte demandante admitió en el acto de la vista que no había efectuado ningún estudio sobre el efecto rezago y sobre si en el momento de la adquisición del vehículo objeto de este procedimiento, casi 2 años después de que BMW dejara de participar en el foro de intercambio de información comercial sensible, persistían los efectos de la conducta colusoria por la que BMW había sido condenado.

**121.** Y siendo que esta prueba le incumbía a la parte demandante, como hecho fundamentador de su pretensión, debe pechar por la ausencia o carestía probatoria, esto es, tener por no acreditada o probada la relación causal objeto de controversia, y desestimar, sin más trámites, la demanda.

**QUINTO.- Costas procesales.**

**122.** De conformidad con el artículo 394 de la LEC, en caso de desestimación íntegra de la demanda, las costas procesales se impondrán a la parte demandante, salvo que concurren serias dudas de hecho o de derecho.

**123.** En el caso presente, no puede afirmarse la existencia de serias dudas de hecho, por cuanto que la desestimación se basa en la falta de actividad probatoria de un hecho cuya prueba le incumbía a la parte demandante, cual es el enlace causal entre el acuerdo colusorio por el que se le condenó a BMW y el presunto sobreprecio que sufrió el demandante.

Visto lo anterior,

**FALLO**

Que con DESESTIMACIÓN ÍNTEGRA de la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales doña María Esther López Cambroneró, actuando en nombre y representación de don David , frente a la entidad mercantil BMW Ibérica, S.A.U., debo ABSOLVER Y ABSUELVO a la entidad mercantil BMW Ibérica, S.A.U., de la totalidad de pedimentos contenidos en la demanda.

Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandante, don David .

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

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

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