



WWW.CONSULTORESTECNICOS.ES

Roj: **SAP Z 1208/2023 - ECLI:ES:APZ:2023:1208**

Id Cendoj: **50297370052023100300**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **5**

Fecha: **05/07/2023**

Nº de Recurso: **14/2023**

Nº de Resolución: **302/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA núm 000302/2023

Presidente

D. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER (Ponente)

Magistrados

D. JUAN CARLOS FERNANDEZ LLORENTE

D. ALFONSO MARTÍNEZ ARESO.

En Zaragoza, a 05 de julio del 2023

En nombre de S.M. el Rey,

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Quinta, de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA, los Autos de Juicio verbal (250.2) 0000204/2022 - 00, procedentes del JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE ZARAGOZA, a los que ha correspondido el Rollo **RECURSO DE APELACION (LEC) 0000014/2023**, en los que aparece como parte *apelante* D. **Norberto**, representado por el Procurador de los tribunales D. MARCO ANTONIO LOPEZ DE RODAS GREGORIO, y asistido por la Letrada Dña. ANA MARIA VAZQUEZ GOMEZ; y como parte *apelada*, **OPEL ESPAÑA S.L** representado por el Procurador de los tribunales, D. CARLOS BERDEJO GRACIAN y asistido por el Letrado D. JON AURREKOETXEA GARAI; siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la **sentencia** apelada de fecha 09 de noviembre del 2022, cuyo FALLO es del tenor literal:

"Que desestimando la demanda interpuesta por Norberto contra Opel España SL debo absolver y absuelvo a la parte demandada de los pedimentos de la parte actora. Todo ello sin hacer expresa condena en costas."

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación procesal de D. **Norberto**, se interpuso contra la misma recurso de apelación.

Y dándose traslado a la parte contraria se *opuso* al recurso; remitiéndose las actuaciones a esta Sección Quinta de la Audiencia, previo emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidos los Autos; y una vez personadas las partes, se formó el correspondiente Rollo de Apelación con el número ya indicado.

No considerando necesaria la celebración de vista, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 4 de Julio de 2023.

CUARTO.- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION.-

PRIMERO.- Como consecuencia de la Resolución de la "Comisión Nacional de Mercados y Competencia" (CNMC) de 23 de julio de 2015, que sancionó determinados comportamientos anticompetitivos de marcas de coches, se articula la presente reclamación correspondiente al sobreprecio que deriva de aquel comportamiento. El demandante adquirió un "Chevrolet Malibú", matrícula KPG por un precio de 24.000 Euros, siendo la fabricante "Opel España". Considera que el sobreprecio pagado como consecuencia de los hechos que recoge la Resolución se corresponde con un 12,59% del precio, por lo que reclama 3.022,45 Euros.

SEGUNDO.- La demandada se opuso y alegó fundamentalmente lo siguiente. La Resolución sancionadora no habla de información sobre precios ni fijación de los mismos, sólo hubo intercambio de información. Es una infracción por objeto, no por efectos. El intercambio de información sólo se refirió al mercado mayorista.

Desde un punto de vista jurídico, dada la fecha del cártel (2006-2013), no procede aplicar la LDC de 2017, por lo que no sería admisible la presunción de daños y menos aún la doctrina "ex re ipsa". Tampoco la interpretación conforme de la Directiva de daños por infracción de la Competencia 2014/104/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014.

Respecto a la prueba, es preciso que la pericial de la parte demandante acredite la existencia de daños y su cuantificación, mediante el planteamiento de hipótesis razonables, a través de los métodos de la Guía Práctica de la Comisión y creando un escenario contrafactual. Probar que Opel pasó un sobrecoste al concesionario y que este se lo pasó al demandante.

Por fin, alega un posible "passing on" cuando se venda el vehículo y la *prescripción* de la acción.

TERCERO.- La sentencia desestimó la demanda al considerar que la acción estaba prescrita. Sitúa el dies a quo en la fecha de comunicación pública de la Resolución.

Después de la entrada en vigor de la ley 15/2007, no resulta obligatorio esperar a la firmeza de la declaración administrativa a través de las sentencias del orden contencioso-administrativo. Pudiendo incluso suspenderse el juicio de reclamación de indemnización por prejudicialidad, ex Art 43 LEC.

Aplica el plazo de 1 año y a partir de septiembre de 2015 (publicación de la Res. CNMC), en enero de 2022 (reclamación extrajudicial) la acción estaría prescrita. Incluso aplicando el plazo de 5 años.

CUARTO.- Recurre la parte demandante. Error en la aplicación del Derecho respecto a la prescripción. El plazo es de 5 años, no de uno. Y el día inicial del cómputo viene dado por la firmeza de la sanción, con las STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, desde Abril a diciembre de 2021.

En cuanto al fondo alude a la presunción del daño, la doctrina "ex re ipsa" y la existencia de un informe del que se desprende el esfuerzo probatorio razonable que exige la jurisprudencia. Mientras que la demandada no ha presentado un cálculo alternativo del daño, limitándose a negar el daño.

II.- PRESCRIPCION.-

QUINTO.- Son dos las cuestiones fundamentales que hay que abordar. El plazo prescriptivo y el dies a quo del cómputo de aquél.

En cuanto al primero, es preciso recordar que la acción ejercitada es el *art. 1902 C.Civil*. Así se hizo constar en la demanda y esa era la norma aplicable en el momento en que se desarrolló el cártel (2006 a 2013).

No obstante, habrá que confirmar este punto.

La acción ejercitada trae causa de los efectos directos que producen en el derecho interno los arts. 101 y 102 del TFUE. Derecho originario que permite el resarcimiento de los daños producidos por una actuación contraria de la libre competencia. Sin embargo, cuando no existe normativa comunitaria que articule las acciones para dicha reclamación, habrá que acudir al Derecho interno (S.T.J.U.E., Sala Quinta, de 5 de junio de 2014 (caso Kone).

Con precisión lo expone la S.T.S. 651/2013 de 7 de noviembre al referirse a las acciones "follow on"(o consecutivas a una decisión previa sancionadora); contenidas en el entorno jurídico del "follow on claims".

"A falta de una regulación comunitaria específica sobre el resarcimiento de daños y perjuicios en el Derecho de la competencia, la cuestión ha de resolverse aplicando las normas de Derecho interno"

Y, por ende, siendo una relación extracontractual, pues trae causa de la Decisión sancionadora, se articula la pretensión en el seno del art. 1902 C.civil.



SEXTO.- Ahora bien, aun siendo así, habría que determinar si la Directiva 2014/109/UE y la LDC que la trasponen pudiera tener influencia interpretativa (interpretación conforme) en la acción que nos ocupa.

La STJUE 28 de marzo de 2019 (caso Cogeco, C-637/17) recuerda que no es posible interpretar el derecho nacional conforme a la Directiva cuando los hechos que se enjuician son anteriores a la misma. Que es el caso que nos ocupa.

Ello, no obstante, el nacimiento de la Directiva de Daños lo que hace, en buena medida, es recoger el previo acervo jurisprudencial del TJUE con arreglo al cual habría de interpretarse nuestro Derecho nacional en caso de infracción de las normas de la competencia.

Así, los arts. 101 y 102 del TFUE producen efectos directos en las relaciones entre particulares, como "Derecho Originario" de la UE. Dicho tratado, que vio la luz con el Tratado de Lisboa de 2009, tiene efecto directo no como Derecho interno, sino como Derecho de la Unión, con el mismo régimen que un Tratado Internacional; a diferencia de los Reglamentos que también tienen aplicación directa (como derecho derivado institucional), pero en su consideración de Derecho interno (STJUE 20-9-2001, caso Courage, C453/99).

Pues bien, además de esa aplicación directa de dicho precepto, la propia Directiva 2014/104 en su considerando 12 señala que *"La presente Directiva confirma el acervo comunitario sobre el derecho de resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionado por infracciones del Derecho de la Competencia..."*

Tanto la Sentencia TJUE 5 de julio de 2014 (caso Kone) ya citada, como la Sentencia TJUE de 13 de julio de 2006, (caso Manfredi, C-295/04 y C-298/04) ya hacían referencia al principio de efectividad respecto al derecho de toda persona a la reparación del perjuicio por infracción de la libre competencia.

También el Reglamento CE 1/2003, de 16 de diciembre de 2002 se expresaba en esta línea.

No obstante, lo cual, es preciso reiterar que la "interpretación conforme" (deseable en todo caso) tiene dos límites que es preciso respetar: la seguridad jurídica y el principio de irretroactividad de las normas. Es decir, que esa interpretación del Derecho interno conforme al Derecho de la Unión sólo resulta exigible una vez hubiera terminado el plazo de trasposición de la correspondiente Directiva, sin que haya sido incorporada al Derecho interno (S.T.J.U.E. de 17 de octubre de 2018 y 28 de marzo de 2019, C637/17. Caso Cogeco).

Tampoco resulta aplicable el Real Decreto-ley 9/2017, que traspone la Directiva, pues la D.Tr. Primera expresamente prohíbe su retroactividad.

Quedando, pues, en todo caso, el art. 1902 C.c., arts 101 y 102 TFUE y la jurisprudencia previa a la Directiva, que sí marca una línea interpretativa respecto al tratamiento de las infracciones de la competencia.

SEPTIMO.- Las recientes S.s. T.S. ya citadas (12 , 13 Y 14 de junio de 2023) se refieren a esta cuestión de forma expresa.

En concreto la S. 947/2023, de 14 de junio razona así:

"1.- Planteamiento. El motivo primero de casación formulado por Volvo denuncia la infracción de los arts. 1902 CC y 117.1 CE. En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que la sentencia recurrida, pese a reconocer la inaplicabilidad al caso, por razones temporales, de la Directiva 2014/104/UE y de su trasposición al ordenamiento jurídico español, resuelve mediante la aplicación de los criterios contenidos en esa Directiva, cuando tendría que haberlo hecho mediante la aplicación del régimen legal derivado del art. 1902 CC y sin recurrir a una subrepticia interpretación conforme.

2.- Resolución de la Sala. El motivo debe ser desestimado por las razones que exponemos a continuación. La conducta infractora de las normas de competencia que da lugar a la acción de reclamación de daños ejercitada en la demanda tuvo lugar entre el 17 de enero de 1997 y el 18 de enero de 2011 y, por tanto, antes de la promulgación de la Directiva 2014/104/UE. Como consecuencia de ello, no es posible aplicar al caso la normativa de carácter sustantivo de dicha Directiva 2014/104/UE ni de su norma de transposición al Derecho español, el Real Decreto Ley 9/2017 (que modificó la Ley 15/2007, de Defensa de la competencia). Además, la irretroactividad de la nueva normativa sustantiva está recogida tanto en el art. 22 de la Directiva como en la disposición transitoria primera del RDL 9/2017. Razón por la que la jurisprudencia comunitaria (STJUE de 22 de junio de 2022, C-267/20) ha precisado que la previsión del art. 17.2 de la Directiva 2014/104 es una norma sustantiva que no puede aplicarse a un cártel como el de los camiones, que finalizó antes de que expirara el plazo de transposición de esa regulación comunitaria al Derecho interno (27 de diciembre de 2016). Asimismo, la irretroactividad de las normas sustantivas de la Directiva 2014/104/UE impide que el art. 1902 CC pueda ser aplicado a hechos anteriores a la fecha de su transposición mediante una interpretación conforme con la Directiva.



3.- Como consecuencia de lo expuesto, dado que los hechos en que se basa la demanda son anteriores a la Directiva 2014/104/UE, no es posible interpretar el derecho nacional conforme a dicha Directiva, sino que habrá que aplicar el art. 1902 CC conforme a la interpretación que, de dicho precepto nacional, en relación con los daños producidos por conductas infractoras de la competencia, ha realizado la jurisprudencia (básicamente, sentencia 651/2013, de 7 de noviembre), en concordancia con las previsiones contenidas en el art. 101 TFUE, que considera ilícitos los acuerdos colusorios, y en el art. 16 del Reglamento (CE) 1/2003, que obliga a la aplicación uniforme de la normativa comunitaria de la competencia y a que los tribunales tengan presente el sentido de las Decisiones adoptadas por la Comisión Europea."

OCTAVO.- Más específicamente, en relación a la *prescripción*, la reciente **S.T.S. 926/2023, de 12 de junio**, aplicando la doctrina de la **S.T.J.U.E. de 22 de junio de 2022**, señala lo siguiente:

"La sentencia recurrida al argumentar sobre la prescripción parte de una premisa, compartida por el recurrente, errónea: al ser aplicable por razones temporales el art. 1902 CC y no la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2014/104 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, la Directiva), el plazo de prescripción de la acción ejercitada sería de un año, conforme al art. 1968.2 CC.

Esta premisa es errónea por lo siguiente. La Directiva, al regular el régimen de aplicación transitoria de sus disposiciones, distingue entre las normas sustantivas y las normas procesales (art. 22). De tal manera que, mientras establece la irretroactividad de las disposiciones sustantivas (art. 22.1) para las normas procesales, prevé que los Estados miembros puedan establecer que sean aplicables a las acciones de daños ejercitadas con posterioridad al 26 de diciembre de 2014 (art. 22.2). Para conocer si una norma tiene naturaleza sustantiva o procesal ha de estarse al Derecho de la Unión. Del mismo modo que también corresponde al Derecho de la Unión la determinación del alcance general de la irretroactividad previsto en el art. 22.1 de la Directiva (STJUE de 22 de junio de 2022, C-267/20, DAF & Volvo).

Como resaltó la Comisión Europea en sus observaciones al asunto que dio lugar a la STJUE de 22 de junio de 2022 (C-267/20, DAF & Volvo), las cuestiones planteadas por la Audiencia Provincial de León tenían por objeto determinar si ciertas disposiciones de la Directiva "se aplican a una situación como la del litigio principal, es decir, a una acción de daños ejercitada con posterioridad a la entrada en vigor de la normativa de transposición, pero referida a hechos o a una decisión adoptada por la autoridad anteriores a dicha entrada en vigor".

La sentencia de 22 de junio de 2022, el TJUE considera relevante que la "consolidación" de las situaciones jurídicas tenga en cuenta, como hito temporal para determinar la irretroactividad, la fecha límite para la transposición de la Directiva. Desde el vencimiento del plazo de transposición procedería la interpretación del Derecho nacional conforme a la Directiva, "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".

3.- El art. 10 de la Directiva determina el período y las condiciones de vigencia de la acción indemnizatoria, que se extingue con el transcurso del plazo legalmente fijado, con lo que se trata de una disposición sustantiva. A su vez, el art. 74 LDC es la norma adoptada en España para la transposición del art. 10 de la Directiva, sin que respecto del mismo se haya previsto un régimen distinto que para el resto del Título VI de la LDC (la DT1ª del Decreto-Ley 9/17 se limita a decir que "no se aplicarán con efecto retroactivo").

Ante la falta de una regulación específica en la Directiva sobre el régimen de aplicación temporal, el TJUE considera que la circunstancia relevante para determinar el derecho inter temporal en materia de prescripción es el dies ad quem de las acciones ("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", (ap. 49). Y, en consonancia con el art. 1968.2 CC, el TJUE considera que el dies a quo sería el momento en que el demandante "tuviera conocimiento de los hechos de los que nacía la responsabilidad [...que] implican el conocimiento de la información imprescindible para ejercitar una acción por daños" (ap. 51).

Es decir, ante la duda sobre la vigencia y aplicabilidad de la Directiva, la STJUE de 22 de junio de 2022 considera aplicable a estos litigios el art. 10 de la Directiva 2014/104/UE y el art. 74.1 LDC porque, aunque se trata de disposiciones sustantivas, a efectos del art. 22.1 de dicha Directiva, se considera 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 Directiva.

4.- El carácter sustantivo de la norma sobre prescripción no permite la reactivación de acciones ya extinguidas de acuerdo con el régimen legal precedente, pero sí permite valorar la aplicabilidad de las nuevas reglas a



acciones vivas, aún no ejercitadas en el momento de la entrada en vigor de la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia (caso objeto del procedimiento), 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 (27 de diciembre de 2016). El apartado 74 de la STJUE describe este supuesto como la situación que sigue surtiendo sus efectos después de que hubiese expirado el plazo de transposición de la Directiva (incluso después de la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2017, que transpone la Directiva).

Mutatis mutandis, se trata del mismo supuesto previsto en derecho nacional con carácter general en la Disposición Transitoria Cuarta del Código Civil.

En este sentido este tribunal de apelación (SAP Zaragoza, Secc.5ª. 118/2023, de 8 de marzo).

NOVENO.- Obviamente, esto nos obliga a determinar si la acción aplicable (1902 C.c., con plazo de prescripción de 1 año, art. 1968-2 C.c.) seguía o no viva en el momento de su ejercicio. Es decir, si había prescrito antes de su ejercicio. Lo que, inevitablemente, conduce a fijar el día inicial del cómputo.

Y aquí se plantean dos opciones. La fecha de la publicación de la Resolución sancionadora (septiembre de 2015) o la fecha en que dicha Resolución fue firme, pudiéndose conocer así todos los datos y matices precisos y necesarios para interponer una demanda reclamando daños y perjuicios.

La primera postura es la que sostiene la sentencia recurrida. Considera suficiente la Resolución para interponer la demanda. Sin perjuicio de poder suspender el procedimiento civil, ex art. 42 LEC, para conocer las consecuencias de las sentencias sucesivas que pudieran dictarse en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, precisamente sobre el núcleo de la decisión que sirve de base a la demanda civil.

Cita en apoyo de su tesis la S.T.S. 528/2013, de 4 de septiembre. Sin embargo, esta sentencia se refiere a la necesidad de conocer por la perjudicada en un supuesto de "abuso de posición de dominio" los datos que configuraban esa situación de infracción competencial y que se le negaban por la infractora. Por eso el día a quo fue el de la entrega del soporte informático de los SIPS en las oficinas de la demandada.

Pero, previamente a eso, los párrafos precedentes de la citada S.T.S. reiteran que la interpretación de la prescripción ha de ser restrictiva, pues se basa no en principios de estricta justicia, sino de seguridad jurídica y de presunción de abandono del ejercicio del derecho. Por eso, continúa, el principio de indemnidad exige el conocimiento del total alcance del daño. Como son, en los supuestos de daños personales, la fecha de estabilización de las lesiones y concreción de las secuelas.

Por el contrario, la segunda postura es aquella que pone en conexión jurídica la eficacia interna o relacional de las decisiones de diversos órdenes jurisdiccionales sobre la misma cuestión.

Así, la S.T.S. 511/2018, de 20 de septiembre:

"1.- Aunque en un determinado momento esta sala consideró improcedente la alegación de cosa juzgada o de litispendencia respecto de litigios de otro orden jurisdiccional (por ejemplo, sentencias de 16 de octubre de 1986 y 67/1998, de 6 de febrero, entre otras), más adelante ha matizado dicha doctrina, en línea con la jurisprudencia constitucional.

Así, las sentencias 23/2012, de 26 de enero, 532/2013, de 19 de septiembre, y 196/2015, de 17 de abril, afirman que el art. 222.4 LEC se refiere a sentencias firmes dictadas por órganos de la jurisdicción civil cuando se trata de definir relaciones jurídicas de tal carácter, por lo que difícilmente puede atribuirse efectos de cosa juzgada, siquiera como prejudicial, a lo decidido por otras jurisdicciones. Únicamente en cuanto a la fijación de hechos pudiera producirse tal efecto, pues la circunstancia de que los hechos enjuiciados hayan sido objeto de un proceso ante otra jurisdicción no impide a los órganos del orden jurisdiccional civil examinarlos bajo el prisma del ordenamiento civil, teniendo que aceptar las conclusiones obtenidas en aquel proceso en aras del principio de seguridad jurídica.

La sentencia del Tribunal Constitucional núm. 192/2009, de 28 de septiembre, fija la doctrina de dicho tribunal sobre este extremo, al declarar:

Este Tribunal ha reiterado que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron no sólo es incompatible con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), sino también con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues no resultan compatibles la efectividad de dicha tutela y la firmeza de los pronunciamientos judiciales contradictorios (por todas, STC 60/2008, de 26 de mayo, F. 9). Igualmente se ha destacado que en la realidad histórica relevante para el Derecho no puede admitirse que unos hechos existen y dejan de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen principios elementales de lógica jurídica y extrajurídica, salvo que la contradicción derive de



haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas (por todas, STC 109/2008, de 22 de septiembre [RTC 2008, 109], F. 3)."

Y concluye:

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

Buena prueba de ello ha sido y es la jurisprudencia relativa a la interpretación de la prescripción de la acción civil cuando hay un procedimiento penal previo.

El día inicial del cómputo es aquel en que la acción puede ejercitarse, cuando el perjudicado disponga de todos **"los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar"** (Ss. T.S. 544/2015, 706/2016 y 112/2022, de 15 de febrero y Ss. T.C. 298/2000, 125/2004 y 12/2005 y 15 de diciembre de 2010).

La STS. 112/2022 añade, con cita de nuevo de la doctrina del T.C. que *"sería un verdadero desatino que, en un proceso criminal, se acreditara la comisión de un delito, con condena incluso de su autor; y, sin embargo, se declarase en el proceso civil, que la compañía no debía hacerse cargo del siniestro, porque el ilícito contra el patrimonio no existió, por haber sido intencionadamente simulado (art. 19 LCS)"*.

Un hecho no puede existir y no existir a la vez. **El "Ordenamiento jurídico" es uno, aunque los "órdenes jurisdiccionales" sean diversos.**

Por eso, sigue diciendo la STS 112/2022 que *"No tiene sentido, tampoco, que la parte actora se hallase obligada a promover un proceso civil, abierto el penal por denuncia previa, para que el mismo se viera paralizado por una concurrente prejudicialidad penal conforme al art. 40 LEC , para evitar el juego de la prescripción extintiva..."*.

Es decir, si lo que estaba en discusión ante la jurisdicción contencioso-administrativa era la existencia de la infracción competencial, carecía de sentido iniciar un procedimiento civil para instar su suspensión por prejudicialidad contencioso-administrativo, pues la base de la reclamación, al ser una acción "follow on", era precisamente la existencia de la infracción.

Para lo cual, además, no se precisaba que el concreto perjudicado fuera parte en dicho proceso contencioso-administrativo. Pues la prejudicialidad es preventiva de la litispendencia y de la cosa juzgada. Pero no exige las mismas identidades.

En este sentido, Ss. T.S. (Sala 1ª) 434/2021, de 22 de junio y 780/2021, de 15 de noviembre:

"A este respecto basta recordar la jurisprudencia ya reseñada de que los impedimentos que suponen los arts. 111 y 114 LECrim , en cuanto a la iniciación del proceso civil, no derivan de la coincidencia entre los elementos personales de ambos procesos sino de la identidad de los hechos susceptibles de enjuiciamiento en las dos órdenes jurisdiccionales...".

DECIMO.- Recapitulando .- El plazo de prescripción es de 5 años a contar desde las sentencias del Tribunal Supremo que ratificaran las previas de la Audiencia Nacional, confirmando la sanción impuesta a los fabricantes de vehículos por conductas contrarias a la competencia. (Ss.T.S. de abril a diciembre de 2021). Por lo que, obviamente, no procede apreciar la prescripción de la acción.

Sin perjuicio de la posibilidad (no obligación) de ejercitar la acción una vez conocida la Resolución sancionadora.

III.- RESOLUCION SANCIONADORA.-

UNDECIMO.- El contenido de la Resolución resulta fundamental en el resultado de las acciones "follo won", puesto que como ha reiterado la doctrina del TJUE (STJUE de 14 de diciembre de 2000, asunto C-344/98), *"cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncian sobre acuerdos o prácticas que ya han sido objeto de una Decisión de la Comisión, no pueden dictar resoluciones que sean incompatibles con dicha Decisión."*

Pues bien, recorriendo la Resolución de 23 de julio de 2015 se constata que el comportamiento sancionado constituye básicamente en un intercambio de información a través de tres foros: 1) el Club de las marcas; 2) el Foro de Postventa y 3) Las Jornadas de Constructores.

Más concretamente, en la página 25 (de 106), en "Hechos Acreditados" se recogen las tres actividades que configuraron la práctica colusoria ilícita:



1.- Intercambio de información comercialmente sensible sobre la estrategia de distribución comercial, los resultados de las marcas, la remuneración de márgenes comerciales a sus Redes de Concesionarios, *con efecto de fijación de los precios de venta de los automóviles*, así como la homogeneización de las condiciones y planes comerciales futuros de venta y postventa de los automóviles en España desde, al menos, 2004 hasta julio de 2013...

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

3.- Intercambios de información comercialmente sensible relativa a las condiciones de las políticas y estrategias comerciales actuales y futuras con respecto al *marketing de postventa*, campañas de marketing al cliente final, programas de fidelización de clientes..., etc.

Todo lo cual supone un intercambio de gran cantidad de datos sensibles que afectan a rentabilidad y facturación de redes de *concesionarios*, márgenes comerciales, políticas y estrategias comerciales actuales y futuras, fidelización de clientes...,etc.

Por todo lo cual, aunque estemos ante una " *infracción competencial por objeto*" esto no significa que no produzca " *efectos*". De hecho, en la página 71 (de 106) recoge doctrina del TJUE de la que cabe destacar los siguientes párrafos: "*En este sentido, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se sigue que algunos tipos de coordinación entre empresas revelan un grado de nocividad para la competencia suficiente para que pueda considerarse innecesario el examen de sus efectos*"

Más adelante: "*De esa manera, se ha determinado que algunos comportamientos colusorios, como los que llevan a la fijación horizontal de precios por los cárteles, pueden considerarse hasta tal punto aptos para generar efectos negativos, en especial en los precios, la cantidad o calidad de los productos o los servicios, que cabe estimar innecesaria la demostración de que tienen efectos concretos en el mercado a efectos de aplicar el art. 81 CE . En efecto, la experiencia muestra que esos comportamientos dan lugar a reducciones de la producción y alzas de precios que conducen a una deficiente asignación de los recursos en perjuicio especialmente de los consumidores*".

Y ello en base a tres elementos cumulativos que conducen al carácter anticompetitivo: 1) creación artificial de transparencia del mercado; 2) información limitada a las partes y 3) idoneidad para afectar a la conducta competitiva.

Por fin, cuando razona respecto a la graduación de la sanción por infracción competencial muy grave afirma que "*... la conducta no se ha materializado en una fijación explícita de precios... si bien no cabe duda de que constituye un intercambio de información periódica, detallada, sensible y estratégica... lo que se traduce en una significativa restricción de la competencia en la fijación de los precios finales y en la determinación de las condiciones comerciales de los automóviles distribuidos por las respectivas redes de concesionarios, así como de los servicios postventa prestados en ellos*".

Esa disminución de la competencia, sigue diciendo, se ha "*trasladado al consumidor final en forma de menores descuentos, políticas comerciales menos agresivas por parte de las marcas... Las marcas participantes en el cártel gozan, por tanto, de una protección respecto de su funcionamiento en el mercado impropio de un entorno competitivo..., beneficiándose ilícitamente de una estabilidad artificial en sus actuaciones en el mercado afectado*".

Y ello, sigue diciendo en la página 93, con independencia de que *la coyuntura económica general fuera muy desfavorable*. En tales circunstancias sigue siendo preciso "*garantizar una aplicación de las normas de competencia igualmente escrupulosa, puesto que los riesgos de comportamiento anticompetitivos a este tipo de fases recesivas a menudo se acentúan, y sus efectos sobre los consumidores y los mercados son aún más perjudiciales, especialmente sobre los ciudadanos más desfavorecidos*". **Y ello porque ,razona, la competencia real contribuye a proporcionar unas mejores condiciones de compra a los consumidores.**

IV.- DAÑO.-

DUODÉCIMO.- La indemnización presupone necesariamente la existencia del daño. El cual ha de provenir a su vez de las actuaciones objeto de la sanción en la Resolución del órgano de la competencia. De la cual ha de partir el desarrollo probatorio.

La jurisprudencia adopta dos posturas frente a las exigencias probatorias para determinar si hay o no daño. Una que considera que la sanción ya plantea una presunción "iuris et de iure", la cosa habla por sí misma (doctrina "ex re ipsa") y otra que exige prueba del daño. Ahora bien, esta tesis -que es la adoptada por las recientes S.s. T.S. de 12, 13 y 14 de junio de 2023 en el cártel de los camiones- ofrece una matización en cuanto a la "carga

de la prueba". La presunción del daño es "iuris tantum", de tal manera que la carga de probar la inexistencia del daño corre de cuenta y cargo de la demandada infractora.

En este sentido, la S.T.S. 948/2023, de 14 de junio:

"En este caso, la Decisión afirma que unos fabricantes de camiones, entre los que se encuentra la sociedad recurrente, estuvieron durante catorce años intercambiando información y manipulando mediante acuerdos los precios brutos de los camiones en el Espacio Económico Europeo. Es decir, pactaron un sistema de comercialización ajeno al libre funcionamiento del mercado y con potencialidad suficiente para condicionar los precios que se irían aplicando a los adquirentes en las fases sucesivas de comercialización de los bienes afectados por la manipulación. Desde un punto de vista lógico, a falta de prueba en contrario, no puede admitirse que un pacto colusorio sobre precios brutos de las características del cártel a que se refiere este litigio no acabe trasladándose a los precios netos o finales, puesto que, por más que puedan influir diversos factores o variables en su traducción final, los primeros son la base de partida de los segundos. Lo que gráficamente ha definido un tribunal holandés (sentencia del Tribunal de Distrito de Ámsterdam de 12 de mayo de 2021) como efecto marea: "Es como si la marea levantara todos los barcos. Cada uno de los barcos puede seguir subiendo y bajando con las olas, pero incluso el barco más bajo está en un nivel más alto y eso son los precios más altos que pagan los compradores de camiones".

DECIMOTERCERO.- Esto en la práctica resulta complicado. Consciente de esta dificultad, la propia Unión Europea ha emitido documentos que facilitan pautas para concretar esa indemnización.

Así, el Reglamento CE 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, el "Libro Verde" de 2005 sobre acciones indemnizatorias y el "Libro Blanco" de 2008, la Comunicación oficial de la Comisión sobre cuantificación del perjuicio por incumplimiento de los arts. 101 y 102 TFUE (DOUE 16-6-2013) y -por fin- la "Guía Práctica de la Comisión Europea" para la cuantificación de los perjuicios por infracción de los citados arts. 101 y 102 TFUE. Sobre todo, esta última, permiten, extraer una serie de principios de partida. Así: a) el mero hecho de la participación de las empresas en el cártel es indicativo de que es para obtener beneficios materiales. Y b) los datos empíricos analizados llevan a estimar que en el 93% de los supuestos cárteles se producen sobrecostes; siendo estos de un 20% de media.

De esta manera, la prueba de que los perjuicios derivados de la cartelización de un determinado sector no son tales o -mejor- que quien los sufrió los agravó con su negligencia, le corresponde a quien alega tal enervación del perjuicio.

En el mismo sentido habrá de probar que ese presumible perjuicio se compensó con su traslado "aguas abajo", trasladándolo a los propios clientes de quien adquirió del cártel. La defensa del "passing on", pues, debe recaer en la empresa infractora.

DECIMOCUARTO.- La propia "Guía Práctica" elaborada "ad hoc" por la Comisión Europea recuerda que los artículos 101 y 102 T.F.U.E. se refieren a "cualquier persona que haya sido perjudicada". Añade que, ante la inexistencia de una normativa de la U.E. en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer la regulación del ejercicio del derecho a la reparación garantizado por la legislación de la U.E. Regulación que no debe hacer excesivamente difícil o imposible en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho de la U.E. (**principio de efectividad**) ni debe ser menos favorable que los que regulan las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de derechos similares conferidos por el ordenamiento jurídico nacional (**principio de equivalencia**).

Obviamente, el falseamiento de la libre competencia (con estos precedentes que recoge la propia Decisión) es para obtener un beneficio económico superior al que se obtendría en un entorno de libre competencia. Lo que -necesariamente- ha de repercutir en un precio neto superior al que se hubiera pagado por el adquirente en un contexto no constreñido por un comportamiento de cartelización.

De esta manera, se puede concluir que está en la naturaleza de las cosas ("id quod plerumque accidit") que pueda presumirse la existencia de daño. Pues si una parte del contrato o relación jurídica se beneficia ilícitamente, será a costa de la otra parte, como consecuencia de la correspondencia de las mutuas contraprestaciones ínsito en el "do ut des" de la causa contractual (art. 1274 C.c.).

Presunción conceptual que viene avalada por el estudio que recoge la Guía de la Comisión, "Quantifying Antitrust Damages", Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2009. A cuyo resultado ya hemos hecho referencia: el 93% de los Cárteles estudiados ocasionaron costes excesivos (apartados 141 y 142 de la Guía). Si bien varía la excesividad de aquellos. En un 70% de los cárteles el exceso estaba entre un 10% y un 40% del precio real. Hallándose un coste excesivo medio del 20% (apartado 143).

En todo caso, presunción iuris tantum que corresponde desvirtuar a la empresa cartelizadora.



DECIMOQUINTO.- En este sentido las citadas **Ss.T.S. de 12 , 13 y 14 de junio de 2023 , que incorporan los principios de la S.T.J.U.E. de 22 de junio de 2022 (asunto C-267/20 , Volvo y DAF Trucks)**. Principios que ya venían descritos en la denominada sentencia del cártel del azúcar (S.T.S. 651/2013, de 7 de noviembre). Es decir, el principio de **indemnidad** del perjudicado (arts. 1902 C.c. y 101 TFUE). **Flexibilidad** en el nivel de prueba exigido, para subsanar la asimetría de información existente. Si bien, la parte demandante habrá de presentar (según las circunstancias) una prueba razonable, pues el juez nacional no ha de suplir su inactividad.

Pero, en todo caso, el T.Supremo matiza de nuevo: *"Por eso, que la sentencia recurrida, considere inadecuado el método empleado para la cuantificación del sobrecoste y, por tanto, haya rechazado sus conclusiones, no supone, sin más, la inactividad del demandante"* (STS 948/2023, de 14 de junio). Y reitera dos párrafos después: *"En este contexto, las propias características de este cártel (camiones) contribuyen a considerar que, en este caso, la falta de idoneidad del informe presentado por el demandante para cuantificar el sobreprecio no supone inactividad que impida la estimación judicial."*

En este contexto del *daño*, como ya adelantó la S.T.S. 651/2013, no sólo hay que tener en cuenta el posible sobreprecio, sino la incidencia de la práctica colusoria en el propio mercado. En el caso que nos ocupa, por ejemplo, los servicios postventa, cuya importancia (como es bien conocido) no resulta irrelevante. Así lo corrobora la S.T.J.U.E. de 10 de noviembre de 2022 (asunto C-163/21, Paccar): la protección eficaz contra las consecuencias perjudiciales de la infracción del Derecho de la competencia *"no sólo 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 afectados"* (STJUE 6 de octubre de 2021, C-882/19, Sumal).

V.- CASO CONCRETO. CUANTIFICACION.-

DECIMOSEXTO.- Hemos de partir de la conclusión que se desprende tanto de la Resolución de la CNMC como de las Ss. tanto de la Audiencia Nacional como del Tribunal Supremo. Es decir, hay una presunción de daño por una grave infracción competencial que agrupaba a prácticamente todas las marcas de coches y que duró 7 años, en un espacio geográfico como el de toda España.

Difícil entender que los intercambios de información sensible y abundante y relativo a fabricantes, Redes de concesionario y negocio post-venta se hiciera exclusivamente para contrarrestar una situación de crisis económica. Con independencia de esa voluntad, la propia Resolución y el sentido común, hacen referencia, en todo caso, a la inamovilidad de precios, lo que evitaba la competencia y, por ende, la **posibilidad de descuentos al cliente final** que, por tal, hubo de pagar un precio superior al que hubiera satisfecho en un mercado no cartelizado. Lo que afecta no sólo al propio precio del vehículo, sino también a un mercado anexo de trascendencia, como es la atención postventa.

Negar esta realidad es tomar un punto de partida que contradice la Resolución en que se apoya la acción indemnizatoria.

DECIMOSEPTIMO.- Ahora bien, esto no exime del análisis de las pruebas técnicas, periciales practicadas.

Pericial del demandante ("ACG consultores D. Augusto).-

No utiliza ninguno de los métodos que propone la Guía Metodológica de la UE. La **"interpolación lineal"** por sí sola no resulta suficiente para determinar el porcentaje de sobreprecio. Necesita previamente la realización de una composición diacrónica para obtener una serie de precios antes y después de la infracción y a partir de esos precios puede aplicarse la "interpolación lineal" para determinar el precio contractual.

Pero sí que está contemplada en la Guía Práctica de la Comisión Europea. Un método sencillo mediante el cual el perito de la parte demandante ha fijado un precio de sobrecoste del 12,59% para el caso concreto. Y ello partiendo de dos intervalos máximo y mínimo (10% y 15%), en relación con el valor afectado de la marca. Tiene en cuenta el tiempo que esta ha estado participando en el cártel. Pero no hay una explicación inteligible de cómo ha obtenido las variables que introduce en la fórmula de interpolación lineal.

Hay, pues, un informe sucinto, escueto y escasamente explicativo de los datos que le han servido para llegar al porcentaje de sobreprecio.

Pericial de la demandada.- (KPMG).

Esta pericial sigue el **método diacrónico "durante-después"**. Es decir, compara precios durante el cártel y después del cártel, para concluir que los precios prácticamente no han variado. Tanto desde 2006 a 2013 como desde 2013 a 2016. A partir de 2016 mantuvo una tendencia creciente hasta 2019.

Se examinaron 737.869 observaciones analizando precios netos al concesionario. No el precio final de venta al cliente. En ese examen faltaban datos de 2006 y 2007.



Realiza un análisis de regresión por marca y utiliza variables como costes, demanda, marca, segmento del vehículo, tipo de combustible. Obteniendo un 95% de probabilidad de la inexistencia de sobreprecio. Lo que resulta estadísticamente escasamente significativo para aceptar el sobreprecio.

En Opel en vez de costes utiliza el IPRI, al carecer de datos relativos a los costes.

Modificando las variables, para obtener robustez del modelo, los resultados arrojan ausencia de sobreprecio o un porcentaje económicamente despreciable.

Se apoya también en el informe Oxera, que para este cártel concluye en la falta de evidencia del sobreprecio.

DECIMOCTAVO.- *La pericial de la parte actora* no resulta especialmente preciso, carece de datos de base que, siguiendo la Guía Metodológica, podían haber arrojado una aproximación más fiable. Pero, en todo caso, estaría en la línea de los informes iniciales del cártel de los camiones, de naturaleza meramente estadística. Como los que se aportaban del propio "Oxera".

La de la parte demandada, parte de una valoración de la Resolución que no comparte este tribunal, como ya expusimos por extenso. La infracción competencial muy grave no se limita al intercambio de información, tiene efectos económicos que, salvo, prueba en contrario, habrán de entenderse a favor de los cartelistas.

Aunque no estudiar dos años puede no considerarse relevante, sí el no haber realizado sus regresiones partiendo del dato del precio real final al cliente. El precio transaccional al concesionario (Net Sales) tiene el inconveniente de desconocer los muy variados descuentos que pudieran existir. Más aún cuando la Red de concesionarios también estaba inmersa en el proceso anticompetitivo. Lo que distorsiona el resultado final.

Todo lo cual conduce a concluir que no se ha levantado la presunción de sobreprecio. Que, aunque la pericial de la parte actora sea inadecuado, no significa que haya habido inactividad por su parte. Teniendo en cuenta, además, que estamos ante una clara asimetría de potencial capacidad de litigación.

Por lo tanto, como en los supuestos resueltos por la Ss.T.S. de 12, 13 y 14 de junio de 2023, acudiendo a la horquilla más reducida del porcentaje de sobreprecio se hace una estimación del 7% *del precio satisfecho*. Es decir, 1.680 Euros.

También, como ha reiterado el Alto Tribunal, procederán los intereses legales del precio, desde el momento del pago.

DECIMONOVENO.- No se ha acreditado ni el "passing on" ni la reventa. Con independencia de que ésta obedece a otro tipo de mercado no comparable con el de primera mano.

VIGESIMO.- Sin costas en ninguna instancia. Tanto por no existir vencimiento total, como por las dudas jurídicas que arroja el caso (arts. 394 y 398 LEC).

VISTOS los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación.

FALLO

Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la legal representación de D. **Norberto . Revocando la sentencia apelada. Y estimando parcialmente la demanda, condenar a "OPEL ESPAÑA, S.L." a que indemnice al actor en la cuantía de 1680 Euros de principal y los intereses legales desde la fecha del pago del precio. Sin costas en ninguna instancia. Devuélvase el depósito.**

Contra la presente resolución cabe recurso de casación por interés casacional, y extraordinario por infracción procesal, si es interpuesto conjuntamente con aquél ante esta Sala en plazo de veinte días, del que conocerá el Tribunal competente, debiendo el recurrente al presentar el escrito de interposición acreditar haber efectuado un depósito de 50 euros para cada recurso en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección (nº 4887) en la Sucursal 8005 de BANCO DE SANTANDER, debiendo indicar en el recuadro Concepto en que se realiza: 04 Civil-Extraordinario por infracción procesal y 06 Civil-Casación, y sin cuya constitución no serán admitidos a trámite.

Remítanse las actuaciones al Juzgado de procedencia junto con la presente resolución, para su ejecución y cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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



incluidos en este documento no podrán ser cedidos ni comunicados a terceros. Se le apercibe en este acto que podría incurrir en responsabilidad penal, civil o administrativa.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ