



WWW.CONSULTORESTECNICOS.ES

Roj: **SJM M 3217/2023 - ECLI:ES:JMM:2023:3217**

Id Cendoj: **28079470042023100022**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **28/09/2023**

Nº de Recurso: **239/2022**

Nº de Resolución: **210/2023**

Procedimiento: **Juicio verbal**

Ponente: **OLGA AHEDO PEÑA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 04 DE MADRID

C/ Gran Vía, 52 , Planta 3 - 28013

Tfno: 914930562

Fax: 914930558

mercantil4@madrid.org

42020306

NIG: 28.079.00.2-2022/0226511

Procedimiento: Juicio Verbal 239/2022

Materia: Derecho mercantil

Clase reparto: DEMANDAS ART. 101 Y 102 UE

A

SENTENCIA N° 210/2023

MAGISTRADA: D^a. OLGA AHEDO PEÑA

Lugar: MADRID

Fecha: 28 de septiembre de 2023

DEMANDANTE: D. Landelino

Abogado: D. Pedro Fuentes Guerrero

Procurador: D. Gonzalo Bernal García

DEMANDADA: AUTOMÓVILES CITROËN ESPAÑA, S.A. (actualmente PSAG AUTOMÓVILES COMERCIAL ESPAÑA, S.A)

Abogado: D.^a Jon Aurrekoetxea Garai

Procurador: D. José Álvaro Villasante Almeida

OBJETO: acción de indemnización de daños derivados de la infracción del Derecho de defensa de la competencia (acción *follow on*).

ANTECEDENTES DE HECHO

I. El 16 de junio de 2022 se recibió en este juzgado, procedente de los Juzgados de Palma de Mallorca, la demanda de Juicio verbal formulada por el procurador D. Gonzalo Bernal García , actuando en nombre y representación de D. Landelino , frente a AUTOMÓVILES CITROËN ESPAÑA, S.A. (actualmente PSAG



AUTOMÓVILES COMERCIAL ESPAÑA. S.A.) en reclamación de **3.366,48 €**, intereses desde la fecha de adquisición del vehículo y costas.

II. La demanda se admitió a trámite por decreto de 1 de septiembre de 2022.

III. Emplazada la demandada, el 27 de septiembre de 2022 tuvo entrada en este juzgado escrito del procurador D. José Álvaro Villasante Almeida, en nombre y representación de aquélla, contestando a la demanda oponiéndose a la misma.

IV. Por diligencia de ordenación de 29 de septiembre de 2022 se confirió traslado a la demandante a fin de que, en su caso, solicitara la celebración de vista.

V. Solicitada la celebración de vista, por providencia de 13 de octubre de 2022 se señaló para el 12 de abril de 2023.

VI. La vista se celebró el día referido con el resultado que obra en soporte audiovisual, y los autos quedaron pendientes de dictar sentencia.

VII. En la tramitación del procedimiento se han cumplido todas las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia debido a la carga de trabajo de la juez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. CONTENIDO DE LA DECISIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA DE FECHA 23 DE JULIO DE 2015

1. El 23 de julio de 2015, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia adoptó la siguiente Resolución (Expte. NUM000 Fabricantes de automóviles):

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

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

1. AUTOMÓVILES CITROËN ESPAÑA, S.A. como empresa distribuidora de los automóviles de la marca CITROËN en España, por su participación en el cártel de intercambio de información confidencial, futura y estratégica en las áreas de gestión empresarial, postventa y marketing, desde febrero de 2006 hasta julio de 2013, coincidiendo con las inspecciones realizadas".

TERCERO. - Imponer a las autoras responsables de las conductas infractoras las siguientes multas:

AUTOMÓVILES CITROËN ESPAÑA, S.A.: 14.768.975 €.

2. La infracción está constituida por el intercambio de información 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 incoadas cubría la práctica totalidad de las actividades realizadas por dichas 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".

3. La Resolución declara probados, entre otros, los siguientes hechos (apartado III)

3.1. AUTOMÓVILES CITROËN ESPAÑA (CITROËN) es la empresa del grupo PSA PEUGEOT CITROËN que comercializa los vehículos de la marca CITROËN en España. El domicilio social de CITROËN se encuentra en la calle Doctor Esquerdo, nº 62, 28007 MADRID. El objeto social de CITROËN es la comercialización, reparación y mantenimiento de vehículos automóviles, componentes, piezas de recambio, accesorios y utillaje para los mismos, el alquiler de vehículos automóviles y la comercialización de productos y servicios accesorios a la actividad del automóvil".

3.2. CITROËN ha participado en:

(a) Intercambios de información comercialmente sensible sobre la estrategia de distribución comercial, los resultados de las marcas, la remuneración y márgenes comerciales a sus Redes de concesionarios con efecto en la fijación de los precios de venta de los automóviles, así como en la homogeneización de las condiciones



y planes comerciales futuros de venta y posventa de los automóviles en España desde, al menos, 2004, hasta julio de 2013, fecha de la realización de las inspecciones citadas.

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

(c) Intercambios de información comercialmente sensible relativa a las condiciones de las políticas y estrategias comerciales actuales y futuras con respecto al marketing de posventa, campañas de marketing al cliente final, programas de fidelización de clientes, las políticas adoptadas en relación con el canal de Venta Externa y las Mejores Prácticas a adoptar por cada una de las citadas marcas, con ocasión de las denominadas "Jornadas de Constructores.

3.3. Estos intercambios de información confidencial comprendían, por tanto, gran cantidad de datos, tales como (i) la rentabilidad y facturación de sus correspondientes Redes de concesionarios en total y desglosado por venta de automóviles y actividades de posventa; (ii) los márgenes comerciales y política de remuneración ofrecida por las marcas a sus Redes de concesionarios; (iii) las estructuras, características y organización de sus Redes de concesionarios y datos sobre políticas de gestión de dichas Redes; (iv) las condiciones de sus políticas y estrategias comerciales actuales y futuras de marketing de posventa; (v) las campañas de marketing al cliente final; (vi) los programas de fidelización de sus clientes.

Todo ello forma parte de un acuerdo complejo, en el que se subsumen múltiples acuerdos de intercambio de información comercialmente sensible, participando, entre otras, la marca CITROËN.

3.4. Los primeros contactos entre las marcas para la fijación de criterios de gestión de las Redes de Concesionarios y el intercambio de información de gestión empresarial relativa a la venta y posventa de automóviles, se realizaron en 2004 en el marco del denominado "club de socios" o "club de marcas", compuesto por los "socios tradicionales" o "Capos de la familia", como se denominaban ellos mismos, en concreto, CHEVROLET, CITROËN, FIAT, FORD, OPEL (es decir, GENERAL MOTORS, si bien en los elementos probatorios que constan en el expediente se identifica por la citada marca) PEUGEOT, RENAULT y TOYOTA24, incorporándose SEAT en junio de 2005.

3.5. Cada una de las marcas aportaba, compartía e intercambiaba sus datos económicos confidenciales y políticas comerciales futuras para la venta y posventa a través de sus Redes de concesionarios.

3.6. La necesidad de que la información compartida lo fuera por parte de todos los partícipes, con la calidad y periodicidad acordada y en términos comparables justifica la existencia de una estructura común de tal información.

3.7. Los intercambios de información confidencial comprendían gran cantidad de datos:

- la rentabilidad y facturación de sus Redes de concesionarios en total y desglosado por venta de automóviles (nuevos y usados) y actividades de posventa (taller y venta de recambios),
- los márgenes comerciales y política de remuneración ofrecida por las marcas a sus Redes de concesionarios, con influencia en el precio final de venta fijado por éstos; ello incluía, el peso, en términos porcentuales, asignado a retribución fija y variable a los concesionarios, conceptos incluidos en cada una de las tipologías de retribución, sistema de bonus, financiación de campañas, sistemas de verificación de objetivos y financiación de los vehículos adquiridos por los concesionarios.
- las estructuras, características y organización de sus Redes de concesionarios y los datos sobre las políticas de gestión de dichas Redes,
- las condiciones de sus políticas y estrategias comerciales actuales y futuras con respecto al marketing de posventa,
- las campañas de marketing al cliente final, - los programas de fidelización de sus clientes,
- las políticas adoptadas en relación con el canal de venta externa y las mejores prácticas de gestión de sus redes,
- así como las cifras de ventas mensuales desagregadas por modelos de automóviles.

3.8. CITROËN se mantuvo en el cártel, al menos, hasta finales de julio de 2013.

3.9. En relación con los intercambios de información de posventa, algunas de las empresas del "Club de marcas", en concreto, AUDI, BMW, CHEVROLET, CITROËN, FIAT, FORD, HONDA, HYUNDAI, KIA, MAZDA, NISSAN, OPEL, PEUGEOT, TOYOTA, SEAT, SKODA y VW, decidieron ampliar y completar la información intercambiada



de sus servicios y actividades de posventa, así como de marketing, sumándose a este nuevo acuerdo de intercambio de información LEXUS, MERCEDES, MITSUBISHI, PORSCHE y VOLVO. A tal efecto, con la colaboración de la consultora URBAN a partir de marzo de 2010 crearon un "Programa de Intercambio de información de indicadores de posventa" y se reunieron en los denominados "Foros de Directores de Posventa", analizando la información intercambiada y las políticas comerciales futuras a implementar por las citadas marcas. Este intercambio de información posventa se configuró mediante un instrumento de intercambio específico en el contexto de la crisis económica, que condujo a que la actividad posventa cobrara mayor importancia relativa en relación con el margen derivado de la venta de automóviles, al caer en el ámbito nacional más los ingresos por venta que los de posventa. Los fabricantes conocían la importancia creciente de la actividad posventa, mientras que los consumidores eran más sensibles al precio en un entorno de crisis, enfatizándose la valoración del coste de mantenimiento en la decisión de adquisición de los vehículos.

El "Programa de Intercambio" consistía en la elaboración y remisión por parte de URBAN de una serie de informes mensuales, trimestrales y anuales, junto con la celebración de un "Foro de Directores de Posventa" de carácter cuatrimestral en el que se analizaban las conclusiones de los principales informes realizados y la evolución de la actividad de posventa, y se trataba algún aspecto de interés para todos ellos.

Las empresas participantes en el cártel aportaron información confidencial de origen interno y no disponible públicamente, como la facturación de piezas de recambio y accesorios, el porcentaje de piezas de recambios y accesorios vendidos fuera de su red de concesionarios (venta externa) o la relativa al número de visitas a taller y URBAN completaba dicha información con la relativa al parque de vehículos, proveniente dicha información de fuentes públicas como la que podría facilitar la Dirección General de Tráfico. Pese a la naturaleza confidencial de la información aportada por las marcas, ésta era difundida de manera desagregada a todas las empresas del cártel66, diferenciando entre informes mensuales, trimestrales y anuales. Las marcas participantes en este intercambio de información remitían en función del tipo de informe a elaborar por URBAN:

- Mensualmente: información sobre la facturación total de piezas de recambio y accesorios, calculada en base a ventas a concesionarios, remitida por correo electrónico en dos versiones: a principios de mes, incluyendo la facturación desagregada por marca y periodo de piezas y accesorios (P&A) a precio de venta a la red, con respecto al mes anterior y la evolución mensual de cada marca según el histórico y una versión actualizada a los pocos días, si bien en ocasiones estos informes se remitían hasta 3 ó 4 veces como consecuencia del envío de versiones corregidas y/o completadas con los datos de cada una de las empresas. A partir de marzo de 2012, incluyó datos de facturación por la venta de las piezas de recambio, los accesorios y los aceites de las marcas participantes. Todos estos datos son de naturaleza confidencial y de imposible obtención mediante fuentes de público acceso.

- Trimestralmente: información sobre el número de visitas a taller (datos totales así como desglose según las visitas se correspondieran a carrocería o a mecánica), desagregando la facturación (carrocería o mecánica, contribución de cada departamento a la facturación, por piezas y accesorios, variación facturación por piezas y accesorios, % de venta externa en cada departamento), los datos de ventas de neumáticos y puntos de servicios (número de puntos de servicio, variación del número de puntos de servicio).

- Anualmente: información sobre puntos de servicio (nº de concesionarios con servicio posventa) y porcentaje de ventas de piezas de recambio y accesorios fuera de la red de concesionarios (ventas externas, distinguiendo por departamentos)

El informe mensual elaborado por URBAN y remitido a las marcas incluía la facturación desagregada por marca y periodo de piezas de recambio y accesorios a precio de venta a la red de concesionarios, con respecto al mes anterior y la evolución mensual de cada marca según el histórico.

A partir de septiembre de 2011 el informe mensual incluyó una hoja Excel con la evolución acumulada de la facturación comparada con la evolución del parque automovilístico; a partir de febrero de 2012, desagregando la facturación por departamento (carrocería o mecánica) y a partir de marzo de 2012 incluyó datos con la facturación por la venta de las piezas de recambio, los accesorios y los aceites. Todos estos datos son de naturaleza confidencial y de imposible obtención a través de fuentes de público acceso.

Los informes de carácter trimestral incorporaban como información adicional a la que aparecía en los informes mensuales, la facturación de cada uno de los departamentos (carrocería o mecánica), los datos de ventas de neumáticos y el número de visitas a taller (datos totales y desglose según las visitas se correspondieran a carrocería o mecánica).

Los informes anuales incorporaban, como información adicional a la que aparecía en los mensuales y trimestrales, el porcentaje de ventas de piezas de recambios y accesorios realizados fuera de la red de



concesionarios (ventas externas, distinguiendo por departamentos) y el número de puntos de servicio (número de concesionarios con servicio posventa) de las marcas.

La información intercambiada, por marcas, contenía: unidades vendidas de vehículos nuevos y usados, facturación total acumulada en euros y en porcentaje con un desglose de la venta de los vehículos nuevos, usados, servicios de talleres y venta de recambios; los gastos indirectos ajenos y extraordinarios, con las cifras del beneficio antes de impuestos en euros y en porcentajes, los gastos financieros de los vehículos nuevos en euros, los costes por unidad y el número de concesionarios en porcentaje incluidos en la muestra.

La información detallada para cada marca incluía ratios económicos como el número de unidades y el precio medio de los vehículos nuevos y de ocasión, la facturación total de vehículos nuevos y usados, los gastos generales de su Red de concesionarios, la tasa de absorción de los gastos generales y distintos ratios económicos confidenciales y estratégicos como el ratio resultante de dividir los resultados económicos de vehículos nuevos y de ocasión entre las unidades de dichos vehículos nuevos y de ocasión vendidos.

Consta en el expediente el acuerdo, adoptado en el VI Foro de Directores de Posventa, de la inclusión en las tablas que venían intercambiándose de un código semafórico identificando aquellas situaciones por encima o por debajo del 25% del valor medio de las marcas que hubiesen aportado su información".

3.10. CITROËN participó en dicho intercambio de información hasta febrero de 2011.

3.11. En relación con los intercambios de información de marketing, las marcas intercambiaron información confidencial con ocasión de las reuniones de los responsables de Marketing de Posventa, denominadas "Jornadas de Constructores", desde abril de 2010 hasta marzo de 2011. Están acreditadas la realización de tres reuniones entre los directivos de los departamentos de Marketing de AUDI, BMW, CITROËN, FIAT, FORD, OPEL, HYUNDAI, LEXUS, MAZDA, NISSAN, PEUGEOT, RENAULT, SEAT, SKODA, TOYOTA, VW y VOLVO, en las que dichas empresas intercambiaron información relativa a las condiciones y políticas comerciales relacionadas con el marketing de posventa, evolución de la cifra de negocio, campañas de marketing posventa al cliente final, programas de fidelización, políticas en relación con el canal venta externa y las mejores prácticas a adoptar. Esta información incluyó aspectos futuros de su estrategia comercial, como los programas para fomentar la venta de neumáticos, relativos al seguro y/o garantía de los neumáticos, para fidelizar o recuperar clientes, con contratos de mantenimiento o reparación, herramientas tecnológicas para la gestión online con las compañías de seguros, programas de carrocería y pintura y programas comerciales sobre la gestión de los coches de sustitución.

4. Como consecuencia de la información intercambiada, los participantes conocían las principales cifras y resultados económicos obtenidos por sus competidores en los mercados de venta (nuevos y usados) y postventa (taller y venta de recambios), los beneficios por departamentos en importes totales y en porcentaje, las cifras de gastos (en porcentaje y en total), así como el beneficio neto antes de impuestos, (en porcentaje y en total) y los márgenes comerciales de la Red de concesionarios de las marcas participantes en el intercambio.

5. La conducta ha ocasionado efectos perniciosos sobre la competencia efectiva en el mercado, al provocar una artificial disminución de la incertidumbre de las empresas en relación a la política comercial de sus competidoras y una correlativa disminución de la competencia durante los años en los que se produjeron los intercambios de información analizados.

6. La CNMC concluye que las conductas acreditadas constituyen una infracción única y continuada.

7. La sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de diciembre de 2019, en el recurso contencioso número 697/2015, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Automóviles Citroën España S.A y Peugeot España S.A. contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 23 de julio de 2015 (expediente sancionador nº NUM000 Fabricantes de Automóviles).

8. La STS nº 531/2021, de 20 de abril, declaró no haber lugar al recurso de casación número 2681/2020, interpuesto por AUTOMÓVILES CITROËN ESPAÑA SA (CITROËN) y PEUGEOT ESPAÑA SA (PEUGEOT) - conjuntamente denominadas PSAG Automóviles Comercial España SA-, contra la sentencia de 19 de diciembre de 2019, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso-administrativo núm. 697/2015.

II. PRETENSIÓN DEL DEMANDANTE Y HECHOS EN QUE LA FUNDA

Sobre la base de la Resolución referida, la demandante ejercita la acción de responsabilidad extracontractual prevista en el art. 1902 del Código Civil en reclamación de los daños y perjuicios (**3.366,48 €**) derivados de la infracción de las normas del Derecho de la competencia (acción *follow on*).



Alega, en esencia, que ha sufrido daños por sobreprecio al adquirir, el 28 de septiembre de 2009, el vehículo CITROËN modelo C4, matrícula YFF , por un precio de 22.792,71 €.

En orden a acreditar el daño sufrido aporta el informe pericial realizado por PERITO JUDICIAL GROUP, firmado por D. Alonso , en fecha 16 de marzo de 2022.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA

La demandada, que aporta un informe pericial realizado por KPMG en fecha 24 de marzo de 2023 alega, resumidamente:

1. *Prescripción de la acción.* El plazo de prescripción es el de un 1 año previsto en el artículo 1968.2 del CC y el *dies a quo* se sitúa en la fecha de la nota de prensa, 28 de julio de 2015, en que se dio publicidad a la Resolución de la CNMC. Además, el demandante tuvo pleno conocimiento de todos los presupuestos (subjetivos, objetivos y causales) de la acción no solo con la publicación de la Resolución de la CNMC, sino en multitud de ocasiones antes de que la Resolución fuera firme. En este sentido la nota de prensa del diario Cinco Días publicada el 29 de julio de 2015. Y la OCU hizo un llamamiento a todos los afectados e inició unas diligencias preliminares en mayo de 2016, justamente dentro del periodo de un año que prevé el artículo 1968 del Código Civil:

2. *No cabe presumir la existencia de daño:*

1. Los intercambios de información (no estamos ante un cartel puro) tuvieron lugar en el mercado mayorista y no incluyeron información sobre precios de venta, por lo que no es posible presumir que provocaron un sobreprecio en la concreta compra del vehículo objeto del procedimiento. La resolución afirma que se habría producido una " *reducción de la incertidumbre*" que afectó principalmente a la posventa. Se trata de una infracción por objeto, no por efectos. los efectos no fueron analizados por la CNMC. El demandante un comprador indirecto; solamente si se determinase que el concesionario pagó un sobrecoste en el mercado mayorista será posible entrar a valorar si dicho sobrecoste fue repercutido a la demandante (*pass-on*) y en qué proporción.

2. Las presunciones de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, y del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, no son aplicables, y tampoco es posible una interpretación conforme al tratarse de conductas anteriores a la directiva.

3. No es aplicable la doctrina *ex re ipsa*.

3. *Falta de acreditación de los requisitos del art. 1902 del Código Civil* : conducta dolosa o culposa, daño y relación de causalidad entre la conducta y el daño.

4. El *informe pericial* no aplica correctamente los procedimientos forenses exigibles a peritajes de esta naturaleza para acreditar la existencia de los supuestos sobrecostos sufridos y su cuantificación.

5. *Alcance de la información intercambiada.*- La información intercambiada no era susceptible de provocar ni provocó un incremento del precio de adquisición de los vehículos.

6. *Moderación de la indemnización.* - Las circunstancias concurrentes en el caso aconsejarían una reducción prudencial del quantum indemnizatorio reclamado. - Los intercambios de información se produjeron en el mercado mayorista y los daños reclamados en este procedimiento se habrían generado en el mercado minorista. En consecuencia, este Juzgado puede razonable y prudentemente concluir que la conducta sancionada no pudo tener por objetivo provocar una afectación en los precios de venta de los vehículos a los clientes finales. No nos encontramos ante un cartel clásico de fijación de precios o de reparto de mercado en el que pudiera presumirse la intención de incrementar los precios aguas abajo, sino ante meros intercambios de información sobre diversos datos de venta y posventa, que no incluían precios de venta ni tenían el objetivo de modificar ni uniformizar los precios de venta finales a los adquirentes de vehículos. La propia CNMC expone que los intercambios de información únicamente habrían provocado " *una disminución de la incertidumbre*", " *con aptitud para determinar su comportamiento en el mercado*". De este modo, atendiendo a las circunstancias concurrentes, la responsabilidad de mi representada, de existir, debería ser objeto de moderación.

7. *Pass on.*- La eventual reventa del vehículo habría provocado que el importe satisfecho por la compra del vehículo se viera minorado en la cantidad obtenida con su reventa, ya que la demandante habría obtenido una satisfacción parcial por cualquier eventual sobrecoste en el precio de compra del vehículo al haber vendido el mismo con posterioridad.

8. *Intereses.*- El abono del interés legal del dinero no solo repararía los efectos adversos ocasionados por el lapso de tiempo transcurrido sino que, además, provocaría un enriquecimiento injusto de la demandante

IV.- CUESTIONES CONTROVERTIDAS



Vistas las alegaciones de ambas partes, son cuestiones controvertidas las siguientes:

- * Prescripción de la acción
- * Existencia del daño
- * Cuantificación del daño
- * *Pass on*
- * Intereses

V. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

1. La demandada considera que la acción ejercitada está prescrita porque el plazo de prescripción es el de un año previsto en el artículo 1968.2 del CC y el *dies a quo* se sitúa en la fecha de la nota de prensa, 28 de julio de 2015, en que se dio publicidad a la Resolución de la CNMC. Añade la demandada que, además, la demandante tuvo pleno conocimiento de todos los presupuestos (subjetivos, objetivos y causales) de la acción no solo con la publicación de la Resolución de la CNMC, sino en multitud de ocasiones antes de que la Resolución fuera firme. En este sentido la nota de prensa del diario Cinco Días publicada el 29 de julio de 2015.

2. La excepción no puede prosperar. A juicio de quien suscribe, el *"dies a quo"* del plazo de prescripción debe fijarse en la fecha de firmeza de la Resolución de la CNMC (20 de abril de 2021, fecha de la STS. Sala de lo Contencioso. nº 531/2021), pues es a partir de esa fecha cuando la perjudicada pudo tener cabal y certero conocimiento de los elementos indispensables para ejercitar la acción por daños: la existencia de la 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 (STJUE de 22 de junio de 2022, asunto C-267/20, ap. 60). La jurisprudencia de la Unión Europea no es novedosa en este sentido; la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al interpretar el apartado 2 del artículo 1968 CC, ya partía del criterio general de que el conocimiento del daño sufrido ha de determinar el comienzo del plazo de prescripción (STS nº 528/2013, de 4 de septiembre. Asunto Céntrica-Iberdrola).

3. Lo anterior determina que, aplicando el artículo 1.968.2 CC, la acción no pueda considerarse prescrita toda vez que la Resolución de la CNMC adquirió firmeza el 20 de abril de 2021, la demandante interrumpió la prescripción mediante reclamación de fecha 1 de marzo de 2022 e interpuso la demanda el 4 de marzo de 2022.

4. Pero, además, la fijación del *"dies a quo"* en la firmeza de la Resolución de la CNMC determina que resulte de aplicación el plazo de prescripción de 5 años previsto en el artículo 74.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, conforme a la STJUE de 22 de junio de 2022 (asunto C-267/20).

5. El Tribunal Supremo aplica la STJUE citada, entre otras, en su sentencia nº 928/2023, de 12 de junio , FD 2º:

(...) "La sentencia recurrida, en armonía con lo sostenido por la parte demandada, parte de la base de que, 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; ECLI: EU:C:2022:494).

Como resaltó la Comisión Europea en sus observaciones al asunto que dio lugar a la citada 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".

3 .- *En 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".

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").

4.- 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", 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 nace 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.

5. - 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), incluso del plazo de transposición de la 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.

Por otra parte, el párrafo 71 de la STJUE considera razonable que el perjudicado tuviera conocimiento de la información indispensable para el ejercicio de la acción por daños en la fecha de publicación del resumen de la Decisión final en el Diario Oficial de la Unión Europea, el 6 de abril de 2017.

6.- En definitiva, como el *dies a quo* viene determinado por la fecha de publicación en el DOUE de la Decisión (6 de abril de 2017) y el plazo de prescripción previsto en el artículo 74.1 LDC (aplicable a una situación jurídica que sigue surtiendo efectos) es de cinco años, no puede considerarse prescrita la acción en la fecha de presentación de la demanda, con independencia de a quién se hubieran hecho las reclamaciones extrajudiciales, puesto que no había necesidad de interrumpir el plazo prescriptivo.

7.- Las alegaciones de la parte demandada en el acto de la vista sobre un posible exceso en la aplicación vertical de la Directiva o una supuesta infracción del art. 288 TFUE no pueden ser atendidas. No corresponde a este Tribunal realizar una corrección o reinterpretación de un pronunciamiento de una STJUE que determina que el plazo de prescripción es de cinco años".

6. En este caso, en la fecha de expiración del plazo de transposición de la Directiva 2014/104, 27 de diciembre de 2016, el plazo de prescripción aplicable conforme al artículo 1968.2 del Código Civil ni siquiera había comenzado a correr pues la Resolución de la CNMC alcanzó firmeza con la STS, Sala de lo Contencioso, nº 531/2021, de 20 de abril.

7. Realmente, la controversia está en la fijación del "*dies a quo*", en la determinación de la fecha en la que la perjudicada tuvo cabal conocimiento de los elementos necesarios para el ejercicio de la acción. La disyuntiva es: la fecha de la firmeza de la Resolución de la CNMC con el dictado de la sentencia del Tribunal Supremo el 20 de abril de 2021, o la fecha de la nota de prensa, 28 de julio de 2015, con la que se dio publicidad a la Resolución de la CNMC.

8. Considero que el "*dies a quo*" debe fijarse en la fecha de la firmeza de la resolución por las siguientes razones:



8.1. La prescripción debe ser interpretada restrictivamente (STS nº 528/2013, de 4 de septiembre) " *al no estar basada en principios de estricta justicia, sino de seguridad jurídica y de presunción de abandono del ejercicio del derecho (Sentencia 10/2013, de 21 de enero , que cita las anteriores SSTS 261/2007, de 14 de marzo ; 311/2009, de 6 de mayo ; y 340/2010, de 24 de mayo) , y obedece, en atención al principio de indemnidad, a la necesidad de preservar el derecho del perjudicado a ser íntegramente resarcido en situaciones en que no ha podido hasta entonces conocer en su totalidad el alcance de su daño, por causas en modo alguno imputables a su persona o comportamiento (Sentencia 10/2013, de 21 de enero , que cita las anteriores SSTS 2 de enero de 1991 , 6 de octubre de 1992 , 30 de noviembre de 1999 , 3 de marzo de 1998 , 399/2009, de 12 de junio y 308/2010 , de 25 de mayo) .*

Ello sin olvidar también que el instituto de la prescripción protege también al 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 en detrimento de la persona responsable del daño*" (STJUE de 22 de junio de 2022, ap. 45).

8.2. La existencia de la infracción fue discutida en los Tribunales y, en consecuencia, la perjudicada sólo tuvo certeza sobre la existencia de la infracción para hacerla valer en una acción *follow on* cuando el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. Que la existencia de la infracción fue controvertida resulta del fundamento de derecho cuarto de la STS nº 531/2021:

"La controversia casacional se centra en determinar si el intercambio de la aludida información entre empresas fabricantes y distribuidoras de automóviles constituye una restricción por objeto -como entendió la resolución administrativa sancionadora- o si, como defienden las recurrentes, en atención a la naturaleza de la información intercambiada -que, en su alegato, no versaba sobre precios- no existen elementos suficientes para poder apreciar la existencia de una infracción por objeto, por tratarse de una conducta legítima, en tanto que justificada por las circunstancias concurrentes en el momento en el que se llevó a cabo y por la ausencia de un análisis riguroso por parte de la CNMC de los diferentes aspectos apuntados en la STJUE Budapest Bank antes reseñada".

8.3. La posibilidad de que un perjudicado no adquiriera conocimiento de los elementos indispensables para el ejercicio de la acción hasta la firmeza de la resolución administrativa es lo que contempla el artículo 74.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, añadido por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, que traspuso el artículo 10.4 de la Directiva 2014/104/UE, al establecer que " *El plazo se interrumpirá si una autoridad de la competencia inicia una investigación o un procedimiento sancionador en relación con una infracción del Derecho de la competencia relacionados con la acción de daños. La interrupción terminará un año después de que la resolución adoptada por la autoridad de competencia sea firme o se dé por concluido el procedimiento de cualquier otra forma*".

La previsión anterior es consecuente con la eficacia que el artículo 75 LDC, introducido también por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, atribuye a las resoluciones firmes de las autoridades de competencia o de los tribunales. Dispone el precepto en sus dos primeros apartados:

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

2. En aquellos casos en los que, debido al ejercicio de las acciones de daños por infracción de las normas de la competencia se reclamen daños y perjuicios, se presumirá, salvo prueba en contrario, la existencia de una infracción del Derecho de la competencia cuando haya sido declarada en una resolución firme de una autoridad de la competencia u órgano jurisdiccional de cualquier otro Estado miembro, y sin perjuicio de que pueda alegar y probar hechos nuevos de los que no tuvo conocimiento en el procedimiento originario".

8.4. La STJUE de 22 de junio de 2022 sitúa el comienzo del plazo de prescripción en la fecha de la publicación de la Decisión en el Diario Oficial de la Unión Europea, que, según el artículo 30 del Reglamento nº 1/2003, debe mencionar los nombres de las partes y el contenido principal de la decisión en cuestión, incluidas las sanciones impuestas.

Pero en el cártel de camiones, la Decisión de la Comisión no fue recurrida y la valoración del TJUE se circunscribe a las dos publicaciones en liza: el comunicado de prensa o la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (apartado 65). Ello sin excluir que incluso en un asunto relativo a un cártel la persona perjudicada pueda tener conocimiento de la información indispensable para ejercitar la acción por daños mucho antes (apartado 64).

8.5. La demandada alega que el " *dies a quo*" coincide con la fecha de la nota de prensa publicada el 28 de julio de 2015 que, afirma, recoge la publicación de la Resolución de 23 de julio de 2015 (doc. 4 de la



contestación). Añade que la demandada pudo conocer los elementos necesarios para ejercitar la acción incluso con anterioridad al 28 de julio de 2015 a través de las noticias de prensa.

La STJUE de 22 de junio de 2022 hace referencia a la virtualidad de los comunicados de prensa para fijar el inicio de plazo de ejercicio de la acción de daños y, considerado el concreto contenido del comunicado que examina, niega la misma. Pero, además, y lo más relevante, deja claro el Tribunal que " *los comunicados de prensa no están destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros, en particular las personas perjudicadas*". Es decir, con independencia de cuál fuera su contenido, un mero comunicado de prensa no puede marcar el inicio del plazo de ejercicio de una acción judicial.

Argumenta el Tribunal (énfasis añadido):

"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. 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.

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".

Y si un comunicado de prensa emitido por la propia entidad que ha emitido la resolución carece de virtualidad para marcar el inicio del plazo de las acciones judiciales, menos aún podrán hacerlo las meras noticias de prensa. Y el proceder particular de la OCU tampoco.

8.6. La fijación del " *dies a quo*" en la fecha de la firmeza de la resolución administrativa ha sido acogida por los tribunales en el cártel de seguro decenal (sentencia núm.377/2022, de 19 de mayo, de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid) y en el cartel de sobres (sentencia núm.198/2022, de 7 de febrero de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona).

8.7. El instituto de la prescripción debe ser interpretado conforme a las exigencias del principio de efectividad.

La STJUE de 22 de junio de 2022 concluye (ap. 72) que la plena efectividad del artículo 101TFUE exige considerar que, en el caso de autos, el plazo de prescripción comenzó a correr el día de dicha publicación.

Y la STJUE de 28 de marzo de 2019 (asunto Cogeco Communications, C-637/17) recuerda la importancia de la conformidad del plazo de prescripción con las exigencias del principio de efectividad.

"52. En efecto, la conformidad de un plazo de prescripción con las exigencias del principio de efectividad, tiene una especial importancia tanto por lo que respecta a las acciones por daños ejercitadas con independencia de una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia como para aquellas que resultan de tal resolución. En cuanto a estas últimas, si el plazo de prescripción, que empieza a correr antes de la finalización de los procedimientos a cuyo término se dicta una resolución firme por la autoridad nacional de la competencia o por una instancia de recurso, es demasiado corto en relación con la duración de esos procedimientos y no puede suspenderse ni interrumpirse durante el transcurso de tales procedimientos, no se descarta que ese plazo de prescripción se agote antes incluso de que finalicen los referidos procedimientos. En ese caso, la persona que hubiera sufrido daños no podría ejercitar acciones basadas en una resolución firme en la que se declare la existencia de una infracción a las normas de competencia de la Unión".

Por todo lo expuesto, desestimo la excepción planteada.

VI. PRESUNCIÓN DE EXISTENCIA DE DAÑO



1. La posibilidad de presumir judicialmente la existencia de daño en atención a las concretas y significativas características del cártel, y en aplicación del artículo 386 LEC, ha sido admitida por el Tribunal Supremo en el cártel de camiones (Sentencias 923/2023, 924/2023, 925/2023, 926/2023, 927/2023 y 928/2023, de 12 de junio; Sentencias 939 /2023, 940/2023, 941/2023 y 942/2023, de 13 de junio; Sentencias 946/2023, 947/2023 948/2023, 949/2023 y 950/2023, de 14 de junio).

2. Concretamente, razona el Tribunal Supremo en su sentencia nº 948/2023, de 14 de junio (FD 6º):

"SEXTO. - *Motivos tercero y cuarto de casación: existencia del daño y de la relación de causalidad; presunción de daño y regla ex re ipsa.*

1.- *Planteamiento. Los motivos tercero y cuarto de casación se refieren a la presunción del daño y a la indebida aplicación por la Audiencia Provincial de la regla ex re ipsa. En la medida en que ambos motivos tienen una fundamentación común e incluso complementaria, se resolverán conjuntamente.*

1.1.- *El motivo tercero de casación denuncia la infracción del art. 1902 CC .*

Al desarrollar el motivo, la parte recurrente sostiene, resumidamente, que la Audiencia Provincial presume el daño supuestamente sufrido por GIC con base en la Decisión, en contra de la doctrina general de la jurisprudencia que proclama que, en los casos de resarcimiento de daños y perjuicios, éstos no pueden presumirse, sino que deben ser probados por quien los reclama. Cita a efectos de interés casacional las sentencias de esta sala 263/2017, de 3 de mayo, y 516/2019, de 3 de octubre.

1.2.- *El motivo cuarto de casación denuncia la infracción del art. 1902 CC .*

1.2.- *El motivo cuarto de casación denuncia la infracción del art. 1902 CC .*

En el desarrollo el motivo, la parte recurrente arguye, resumidamente, que la sentencia recurrida también funda la presunción del supuesto daño sufrido por GIC en la jurisprudencia ex re ipsa, la cual no resulta de aplicación al caso de los camiones, en el que la propia sala de apelación ha apreciado la existencia del daño como resultado de un juicio de mera probabilidad, no como una certeza irrefragable o incuestionable. Cita a efectos de interés casacional las sentencias de esta sala 263/2017, de 3 de mayo, y 516/2019, de 3 de octubre.

2.- *Resolución de la Sala. Los motivos tercero y cuarto del recurso de casación deben ser desestimados por las razones que se exponen a continuación.*

La sentencia recurrida no declara que, por el simple hecho de tratarse de un cártel, debe presumirse que ha causado daños, en concreto un incremento ilícito del precio de los camiones afectados por el cártel. Fueron las concretas y significativas características de este cártel las que permitieron a la Audiencia Provincial presumir la existencia del daño.

Entre estas características pueden destacarse: la extensa duración del cártel, que se prolongó durante 14 años; en él estuvieron implicados los mayores fabricantes de camiones del EEE, con una cuota de mercado de aproximadamente el 90%; y su objeto fue la discusión y adopción de acuerdos sobre, entre otros extremos, la fijación de precios y el incremento de precios brutos. Como señala la Guía práctica de la Comisión "es probable que, por regla general, los cárteles den lugar a costes excesivos y que cuanto más duradero y sostenible ha sido el cártel, más difícil le resultaría a un demandado alegar que no había habido un impacto negativo sobre los precios en un caso concreto" (apartado 145). En este caso, se suma a la prolongada duración del cártel su amplia extensión geográfica y la elevada cuota de mercado afectada, lo que incrementa todavía más la dificultad de negar la existencia de un impacto negativo sobre los precios del caso concreto y correlativamente, hace más plausible y fundada la afirmación de su existencia.

3.- *Los hechos de los que parte el tribunal de apelación para presumir la existencia del daño y de la relación de causalidad son los hechos constatados en la Decisión. Las estadísticas, en tanto que relacionadas con las máximas de experiencia, han servido para establecer el enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre esos hechos probados, en tanto que fijados en la Decisión, y el hecho presumido: que el cártel provocó el incremento del precio de los camiones objeto de los acuerdos colusorios.*

4.- *No es óbice que la Decisión sancione el cártel como una restricción de la competencia por objeto, y no por efectos.*

Efectivamente, la Comisión no consideró necesario entrar a valorar los efectos reales del cártel por tratarse de un acuerdo que tenía por objeto la evitación, restricción o distorsión de la competencia en el mercado interior (en este sentido, apartados 80 y 82 de la Decisión), sin que el apartado 85 suponga una descripción de los efectos del cártel sino simplemente la justificación de la aplicabilidad del art. 101 TFUE y 53 del Acuerdo sobre el EEE, y no de la norma de Derecho nacional de la competencia, así como la competencia de la Comisión Europea, y no de las autoridades nacionales de la competencia, para sancionar la conducta anticompetitiva. El apartado



21 de la Comunicación de la Comisión - Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (Texto pertinente a efectos del EEE) declara: "Se entiende por restricciones de la competencia por objeto aquéllas que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia. Se trata de restricciones que, dados los objetivos de las normas comunitarias de competencia, presentan un potencial tan elevado de efectos negativos para la competencia que no es necesario aplicar el apartado 1 del artículo 81 para demostrar cualquier efecto real en el mercado. Dicha presunción se basa en la gravedad intrínseca de la restricción y en la experiencia, que demuestra que las restricciones de la competencia que lo sean por su objeto pueden surtir efectos negativos para el mercado y poner en peligro los objetivos de las normas comunitarias de competencia. Las restricciones por objeto, tales como la fijación de precios y el reparto de mercados, reducen la producción y aumentan los precios, lo que redundaría en una mala asignación de recursos, pues no se producen los bienes y servicios que demandan los clientes. Suponen asimismo una reducción del bienestar de los consumidores, quienes se ven obligados a pagar precios más elevados por dichos bienes y servicios".

5.- La Audiencia Provincial no hace uso, ni explícito ni implícito, de la doctrina *ex re ipsa*, y solamente hace mención a ella -insistimos, sin aplicarla- al mencionar las posibles hipótesis sobre la exigencia de la prueba del daño. Por el contrario, la sentencia recurrida se basa en el art. 1902 CC y en las presunciones judiciales, mediante un razonamiento que cabe calificar como correcto: ha existido una infracción del Derecho de la competencia de enorme gravedad por su duración (14 años), por su extensión espacial (todo el EEE), por la cuota de mercado de los fabricantes implicados en el cártel (aproximadamente un 90%) y, debe añadirse, por la naturaleza de los acuerdos colusorios (no solo el intercambio de información sobre datos concurrenciales sensibles sino también la discusión y acuerdos sobre fijación e incremento de precios brutos).

Y con base en estos hechos y en la propia racionalidad económica de la existencia de un cártel de estas características (con una alta exposición al riesgo de elevadas sanciones, cuya asunción carecería de lógica en ausencia de todo beneficio), aplicando las reglas del raciocinio humano y las máximas de experiencia (reflejadas muchas de ellas en los documentos elaborados por las instituciones de la Unión Europea, como es el caso de la Guía práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los arts. 101 o 102 TFUE), puede presumirse que la infracción ha producido un daño en los compradores de los productos afectados por el cártel, consistente en que han pagado un precio superior al que hubieran pagado si el cártel no hubiera existido.

Esta presunción de existencia del daño, fundada en el art. 386 LEC, no es una presunción legal, y tampoco es *iuris et de iure*, por lo que admitiría prueba en contrario. Conforme al apartado 3 de este precepto, "frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior". El art. 385.2 LEC, aplicable por vía de remisión, admite que la prueba en contrario pueda dirigirse "tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción". En el caso de la litis, según resulta de la valoración hecha en la instancia (incólume tras la desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal), el informe pericial de la demandada no ha desvirtuado las bases sobre las que se ha fundado la presunción ni su resultado. En consecuencia, debemos partir del hecho presunto (existencia del daño) como hecho cierto".

3. La Comunicación de la Comisión "Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal" ofrece criterios para apreciar los efectos reales del cártel. Concretamente, los apartados 72 y siguientes hacen referencia a la restricción de la competencia por objeto. La Comunicación contiene las siguientes consideraciones de interés (énfasis añadido):

"73. Es particularmente probable que el intercambio de información sobre las intenciones individuales de las empresas en cuanto a su conducta futura relativa a precios o cantidades desemboque en un resultado colusorio. La información recíproca sobre tales intenciones puede permitir a los competidores llegar a un nivel común de precios más elevado sin correr el riesgo de perder cuota de mercado o de desencadenar una guerra de precios durante el periodo de ajuste a los nuevos precios (véase el Ejemplo 1, punto 105). Además, es menos probable que este tipo de intercambio de información sobre futuras intenciones se haga por razones favorables a la competencia que el intercambio de datos reales.

74. Así pues, los intercambios entre competidores de datos individualizados sobre los precios o cantidades previstos en el futuro deberían considerarse una restricción de la competencia por el objeto a tenor del artículo 101, apartado 1 (4) (5). Además, los intercambios privados entre competidores relativos a sus intenciones en materia de futuros precios o cantidades se considerarán normalmente carteles y serán multados como tales puesto que, por lo general, tienen por objeto fijar precios o cantidades. Los intercambios de información que constituyen carteles no sólo infringen el artículo 101, apartado 1, sino que además es muy improbable que cumplan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo.



75. Los efectos probables sobre la competencia de un intercambio de información deben analizarse individualmente ya que el resultado de la evaluación depende de una combinación de distintos factores específicos de cada asunto. La evaluación de los efectos restrictivos de la competencia debe comparar los efectos probables del intercambio de información con la situación competitiva que existiría sin ese intercambio concreto de información. Para que un intercambio de información tenga efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, debe ser probable que produzca un impacto negativo apreciable en uno (o varios) de los parámetros de la competencia tales como el precio, la producción, la calidad del producto, la variedad de productos o la innovación. Los efectos restrictivos sobre la competencia de un intercambio de información dependerán tanto de las condiciones económicas imperantes en los mercados de referencia como de las características de la información intercambiada.

76. Ciertas condiciones de mercado pueden hacer que sea más fácil alcanzar o mantener la coordinación interna o externamente. Los intercambios de información en estos mercados pueden tener efectos más restrictivos que en los mercados con condiciones diferentes. Sin embargo, incluso cuando las condiciones del mercado son tales que pueda ser difícil mantener la coordinación antes del intercambio, éste puede cambiar las condiciones del mercado de tal manera que la coordinación llega a ser posible después del intercambio, por ejemplo, aumentando la transparencia en el mercado, reduciendo su complejidad, limitando la inestabilidad o compensando la asimetría".

4. En este caso, las concretas características del cártel, puestas de manifiesto en la Resolución de la CNMC y en las sentencias de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo, permiten presumir la existencia de daño.

En efecto:

4.1. El cártel tuvo una duración de siete años, desde 2006 hasta 2013. El apartado 145 de la Guía Práctica establece que " es probable que por regla general los cárteles den lugar a costes excesivos y que cuanto más duradero y sostenible haya sido el cártel, más difícil le resultaría a un demandado alegar que no había habido un impacto negativo sobre los precios en el caso concreto".

4.2. La cuota de mercado conjunta de las marcas participantes en las conductas está en torno al 91% de la distribución de automóviles en España, incluyendo la casi totalidad de marcas denominadas generalistas y alguna de las denominadas Premium.

4.3. El mercado geográfico se extiende a todo el ámbito nacional, lo que, afirma la CNMC, debe tomarse en consideración a la hora de valorar los efectos de la práctica sobre otros operadores económicos (operadores presentes en la distribución minorista, talleres oficiales o independientes) y, especialmente, sobre los consumidores y usuarios perjudicados por las conductas realizada.

4.4. El cártel tuvo por objeto el intercambio de información comercialmente sensible, confidencial, secreta, futura y estratégica sobre:

- La estrategia de distribución comercial, los resultados de las marcas, la remuneración y márgenes comerciales a sus Redes de concesionarios con efecto en la fijación de los precios de venta de los automóviles, así como en la homogeneización de las condiciones y planes comerciales futuros de venta y posventa de los automóviles en España desde, al menos, 2004, hasta julio de 2013

- Sus servicios y actividades de posventa, así como respecto a sus actividades de marketing en España desde marzo de 2010 hasta, al menos, agosto de 2013.

- Condiciones de las políticas y estrategias comerciales actuales y futuras con respecto al marketing de posventa, campañas de marketing al cliente final, programas de fidelización de clientes, las políticas adoptadas en relación con el canal de Venta Externa y las Mejores Prácticas a adoptar por cada una de las marcas, con ocasión de las denominadas "Jornadas de Constructores."

4.5. Los intercambios de información confidencial comprendían gran cantidad de datos:

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

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

- las estructuras, características y organización de sus Redes de concesionarios y los datos sobre las políticas de gestión de dichas Redes,
- las condiciones de sus políticas y estrategias comerciales actuales y futuras con respecto al marketing de posventa,
- las campañas de marketing al cliente final,
- los programas de fidelización de sus clientes,
- las políticas adoptadas en relación con el canal de venta externa y las mejores prácticas de gestión de sus redes,
- las cifras de ventas mensuales desagregadas por modelos de automóviles.

4.6. La información era difundida de manera desagregada a todas las empresas del cártel, diferenciando entre informes mensuales, trimestrales y anuales

- Mensualmente: información sobre la facturación total de piezas de recambio y accesorios, calculada en base a ventas a concesionarios, remitida por correo electrónico en dos versiones: a principios de mes, incluyendo la facturación desagregada por marca y periodo de piezas y accesorios (P&A) a precio de venta a la red, con respecto al mes anterior y la evolución mensual de cada marca según el histórico y una versión actualizada a los pocos días, si bien en ocasiones estos informes se remitían hasta 3 ó 4 veces como consecuencia del envío de versiones corregidas y/o completadas con los datos de cada una de las empresas. A partir de marzo de 2012, incluyó datos de facturación por la venta de las piezas de recambio, los accesorios y los aceites de las marcas participantes.

- Trimestralmente: información sobre el número de visitas a taller (datos totales así como desglose según las visitas se correspondieran a carrocería o a mecánica), desagregando la facturación (carrocería o mecánica, contribución de cada departamento a la facturación, por piezas y accesorios, variación facturación por piezas y accesorios, % de venta externa en cada departamento), los datos de ventas de neumáticos y puntos de servicios (número de puntos de servicio, variación del número de puntos de servicio).

-Anualmente: información sobre puntos de servicio (nº de concesionarios con servicio posventa) y porcentaje de ventas de piezas de recambio y accesorios fuera de la red de concesionarios (ventas externas, distinguiendo por departamentos).

4.7. La consultora Urban colaboró a partir de marzo de 2010, creándose un "Programa de Intercambio de información de indicadores de posventa" y se reuniéndose en los denominados "Foros de Directores de Posventa", analizando la información intercambiada y las políticas comerciales futuras a implementar por las marcas.

Las marcas aportaban información a Urban y esta consultora realizaba un informe mensual, que remitía a las marcas, que incluía la facturación desagregada por marca y periodo de piezas de recambio y accesorios a precio de venta a la red de concesionarios, con respecto al mes anterior y la evolución mensual de cada marca según el histórico.

A partir de septiembre de 2011 el informe mensual incluyó una hoja Excel con la evolución acumulada de la facturación comparada con la evolución del parque automovilístico; a partir de febrero de 2012, desagregando la facturación por departamento (carrocería o mecánica) y a partir de marzo de 2012 incluyó datos con la facturación por la venta de las piezas de recambio, los accesorios y los aceites.

Los informes de carácter trimestral incorporaban como información adicional a la que aparecía en los informes mensuales, la facturación de cada uno de los departamentos (carrocería o mecánica), los datos de ventas de neumáticos y el número de visitas a taller (datos totales y desglose según las visitas se correspondieran a carrocería o mecánica). Los informes trimestrales se enviaban por correo electrónico y ordinario y se ponía a disposición de los participantes en el área de acceso restringido a clientes de la web de Urban.

Los informes anuales incorporaban, como información adicional a la que aparecía en los mensuales y trimestrales, el porcentaje de ventas de piezas de recambios y accesorios realizados fuera de la red de concesionarios (ventas externas, distinguiendo por departamentos) y el número de puntos de servicio (número de concesionarios con servicio posventa) de las marcas.

4.8. También constan tablas que reflejan la información intercambiada, por marcas: unidades vendidas de vehículos nuevos y usados; facturación total acumulada en euros y en porcentaje con un desglose de la venta de los vehículos nuevos, usados, servicios de talleres y venta de recambios; los gastos indirectos ajenos y extraordinarios, con las cifras del beneficio antes de impuestos en euros y en porcentajes; los



gastos financieros de los vehículos nuevos en euros, los costes por unidad y el número de concesionarios en porcentaje incluidos en la muestra; ratios económicos como el número de unidades y el precio medio de los vehículos nuevos y de ocasión, la facturación total de vehículos nuevos y usados, los gastos generales de su Red de concesionarios, la tasa de absorción de los gastos generales y distintos ratios económicos confidenciales y estratégicos como el ratio resultante de dividir los resultados económicos de vehículos nuevos y de ocasión entre las unidades de dichos vehículos nuevos y de ocasión vendidos.

4.9. En materia de marketing, las marcas intercambiaron información relativa a las condiciones y políticas comerciales relacionadas con el marketing de posventa, evolución de la cifra de negocio, campañas de marketing posventa al cliente final, programas de fidelización, políticas en relación con el canal venta externa y las mejores prácticas a adoptar. Esta información incluyó aspectos futuros de su estrategia comercial, como los programas para fomentar la venta de neumáticos, relativos al seguro y/o garantía de los neumáticos, para fidelizar o recuperar clientes, con contratos de mantenimiento o reparación, herramientas tecnológicas para la gestión online con las compañías de seguros, programas de carrocería y pintura y programas comerciales sobre la gestión de los coches de sustitución.

4.10. Continuando con la información intercambiada, la sentencia de la Audiencia Nacional, confirmando la Resolución de la CNMC, se refiere al alcance y detalle de la información intercambiada, y a la relevancia de ésta para la determinación, y consiguiente conocimiento por parte de los competidores, de los precios finales.

Y el intercambio de información estratégica determinante de los precios sólo se comprende si se pretende actuar sobre los mismos.

La sentencia (FD 8º) destaca la siguiente información intercambiada:

"1. Información de manera codificada sobre el número y unidades de vehículos vendidos (nuevos y usados), sus ingresos y el beneficio obtenido tanto en ventas como en recambios y en servicios postventa que remitían de forma trimestral mediante un fichero Excel (folio 12864 del expediente administrativo).

2. Información sobre la reestructuración de sus redes de concesionarios, planes comerciales futuros a adoptar y las remuneraciones presentes y futuras a las redes de concesionarios como rápeles cualitativos (folios 47 a 52, 57 a 73 del expediente); gastos financieros de vehículos nuevos y vehículos de ocasión incluyendo el stock medio de vehículos nuevos, de ocasión y recambios (folios 76 a 78 y 82 a 104 del expediente). Destacamos en este sentido los datos reflejados por los fabricantes de automóviles participantes en la reunión del mes de noviembre de 2009 en la que se indica expresamente en relación con la elaboración del informe de marcas que se incluya como información "gastos financieros de la póliza de stock VN" (folio 96).

3. Información sobre las medidas financieras adoptadas con la finalidad de incrementar la liquidez de la red de concesionarios como se aprecia en el folio 98 del expediente en el que consta: "CITROEN, PEUGEOT y FIAT han realizado el esfuerzo financiero de adelantar el pago del Plan 2000 E; HONDA ha disminuido la presión del stock de demos y cortesía; FIAT ha abierto una línea de Póliza de Tesorería (Max. 150.000 euros) y TOYOTA para la financiación de VO; CHEVROLET ha desarrollado un plan de incentivos de campaña; KIA paga las campañas con una periodicidad de 4 veces al mes".

4. Información relativa a los planes adoptados en la organización interna de la red de distribución (reestructuración de la Red, eliminación de concesionarios), sobre los planes para la gestión de stocks de automóviles de la redes de concesionarios de cada uno de ellos y las acciones comerciales para la mejora de la rentabilidad y la tesorería a adoptar en el corto plazo (entre otras aumento de rapeles, buyback, reducción de costes fijos, campañas de reducción de stock, aumento de incentivos y mejoras en financiación de la red (folios 76 a 78 y 82 a 104 del expediente). Destacamos la información intercambiada en la reunión de 16 de abril de 2009 en la que se recogen las medidas que querían adoptar cada uno de los fabricantes participantes en relación con el beneficio en la venta de sus vehículos y así se indica cual es el sistema de financiación previsto por cada uno de los fabricantes intervinientes; además, se comunican el rápel cualitativo y su porcentaje.

5. Información sobre el periodo de pago de los recambios en número de días post factura (folios 8160 y 8161 del expediente).

6. Información sobre el peso otorgado en términos porcentuales asignado a la retribución fija y a la retribución variable a los concesionarios, así como los conceptos incluidos en cada una de las tipologías de retribución, el sistema de bonus, la financiación de las campañas y la financiación de los vehículos adquiridos por los concesionarios (folios 12272 y folios 2317 a 2319 del expediente).

7. Información sobre las condiciones de financiación de los vehículos nuevos, así como de los recambios indicando el periodo libre de intereses, tipo de interés, tipo de interés por tramo de días, penalización tras límite de días, garantías (folios 1301 a 1307 del expediente).



8. Información sobre las exigencias de capital social y circulante mínimos exigidos para los nuevos contratos firmados por las marcas y sus concesionarios (folios 8742 a 8744 del expediente).
9. Información relativa a sus estructuras organizativas del departamento de postventa (folio 1120 del expediente).
10. Información sobre los descuentos que cada marca aplicaba en factura a sus concesionarios, además de los rapeles que pagan cada uno de ellos (folios 1104 y 1105 del expediente). Concretamente en el folio 1104 se indica: "... nosotros en Honda hacemos un descuento en factura del 11% y luego el dealer puede conseguir 2,5% en rápeles al trimestre".
11. Información sobre los sistemas de remuneración y márgenes comerciales (fijos y variables) de las distintas marcas (folio 10892 del expediente).
12. Información sobre la remuneración de dichas marcas a sus concesionarios por bono calidad y bono volumen (folios 1459 a 1463 del expediente). Asimismo, se comunican en algunos casos los descuentos ofrecidos a sus concesionarios para la venta de sus modelos más representativos (folio 13052 del expediente).
13. Información sobre datos relativos a los gastos de personal de la red de distribución desglosados en gastos de personal de los recambios, del taller mecánico y chapa y pintura (folios 210 a 238, 363 y 364 del expediente)".

4.11. La Resolución de la CNMC hace expresa referencia a los efectos anticompetitivos de la conducta infractora: alineación de estrategias; eliminación de la incertidumbre o drástica disminución de la incertidumbre; concreción de los efectos contrarios a la competencia en el mercado minorista; 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 posventa; afectación al consumidor final, que ha recibido menores descuentos y políticas comerciales menos agresivas (y una política comercial menos agresiva se traduce en la rebaja de beneficios para el consumidor, sean éstos menores precios directamente u otras condiciones comerciales que indirectamente tienen repercusión en el mismo), y ello en un contexto de crisis económica; las marcas han percibido un beneficio ilícito como consecuencia de los acuerdos alcanzados.

Más concretamente, resuelve la CNMC:

4.11.1. "Esta Sala considera acreditado que los intercambios de información objeto del presente expediente, por su propia naturaleza y a la vista de las circunstancias en las que se produjeron, reducen o incluso *eliminan la incertidumbre* sobre variables estratégicas y *generan e incrementan la probabilidad de que las empresas partícipes alineen sus estrategias comerciales, en lugar de competir en el mercado*(apartado 4.9, sobre los efectos anticompetitivos de la conducta)".

4.11.2. "Las conductas llevadas a cabo por las partes, además de constituir una restricción sensible del juego de la competencia, y tener un objeto contrario a la competencia, han causado una *afectación restrictiva de la misma*. Esta Sala, conforme a la información disponible en el expediente, concluye la concurrencia de *efectos contrarios a la competencia de la conducta infractora que, habiéndose producido en el mercado de distribución mayorista de vehículos por las principales marcas presentes en el mismo, disminuyeron la rivalidad entre las empresas partícipes en dichos intercambios, y se concretaron asimismo en el mercado de distribución minorista vinculado, operado por los concesionarios*" (apartado 4.9).

La CNMC explica el funcionamiento del mercado del automóvil en el apartado 2 de la Resolución.

La CNMC advierte que el " *mercado de la distribución de automóviles es un mercado muy poco transparente, dada la existencia de pocas fuentes públicas disponibles y la dificultad de obtener información relevante sobre las cifras de venta de vehículos, rentabilidad, campañas comerciales o servicios de posventa de cada marca* ".

Y en relación con su funcionamiento (apartado 2), explica la relación existente entre la política de remuneración establecida por la marca a su red de concesionarios y la fijación del precio de venta final, y también la planificación única de la distribución, en el sentido de incluir la prestación de un servicio de posventa a través del cual se busca la fidelización del cliente.

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



variable dependiente de la consecución de los objetivos de volumen de ventas y de satisfacción y lealtad de los clientes y que es percibida por el concesionario de modo diferido en el tiempo y de manera periódica.

Y la distribución de los automóviles, incluyendo la mayorista al concesionario y la minorista al cliente final, mediante los esquemas de distribución selectiva a través de las Redes oficiales de concesionarios, se plantea y planifica de un modo único incluyendo la venta de un vehículo y la prestación de un servicio de posventa de los mismos, pues las marcas a través de sus Redes oficiales de concesionarios venden a sus clientes una solución integral de movilidad duradera en el tiempo integrada por la venta de un producto (el vehículo) y la prestación de los servicios necesarios para su buen funcionamiento (servicios de posventa). El cliente final de la venta de un vehículo nuevo o usado se fideliza gracias a las políticas comerciales de posventa. Las marcas son directas competidoras por ganar a los clientes finales de sus Redes de concesionarios, que no sólo adquirirán un automóvil de una marca, sino que recibirán servicios de posventa por los talleres pertenecientes a dicha Red, existiendo una integración estratégica total entre las actividades comerciales de venta y posventa".

De hecho, en la relación de hechos acreditados, la CNMC hace referencia a la importancia de la actividad posventa en relación con la venta de automóviles:

"Este intercambio de información posventa se configuró mediante un instrumento de intercambio específico en el contexto de la crisis económica, que condujo a que la actividad posventa cobrara mayor importancia relativa en relación con el margen derivado de la venta de automóviles, al caer en el ámbito nacional más los ingresos por venta que los de posventa. Los fabricantes conocían la importancia creciente de la actividad posventa, mientras que los consumidores eran más sensibles al precio en un entorno de crisis, enfatizándose la valoración del coste de mantenimiento en la decisión de adquisición de los vehículos".

4.11.3. El intercambio de información se tradujo 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 posventa prestados en ellos" (FD 7º, apartado 4.3.).

Y esta consideración se hace en el sentido de restar relevancia al hecho de que la conducta infractora no haya consistido expresamente en una fijación explícita de precios o cantidades:

"Algunos elementos permiten valorar el grado de lesividad y el carácter dañino de la conducta dentro de las prohibidas por el artículo 1 de la LDC. En este sentido, la conducta no se ha materializado en una fijación explícita de precios o cantidades por parte de los partícipes si bien no cabe duda de que constituye un intercambio de información periódica, detallada, sensible y estratégica, con identificación de las marcas, sobre márgenes comerciales y políticas de retribución de las redes de concesionarios para eliminar incertidumbres sobre la evolución del mercado y asegurar su estabilidad, 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 posventa prestados en ellos. (FD 7º, apartado 4.3.).

4.11.4. En el apartado 4.3. de la Resolución, la CNMN califica la disminución de la incertidumbre como "drástica", afectando al proceso de determinación de precios y otras relevantes condiciones comerciales que hubieran primado en ausencia de acuerdo.

4.11.5. En la misma línea:

"Es incuestionable que información actualizada relativa a precios, cantidades, listas de clientes o costes de producción se refiere a elementos claros de estrategia competitiva y como regla general será calificada como información estratégica a los efectos de calificar la conducta. Ello no obsta para que, dependiendo de las características concretas de los mercados afectados, elementos de información menos evidentes puedan también ser especialmente estratégicos y sensibles para la competencia. Tal es el caso de la amplia información intercambiada mediante las conductas objeto de este expediente, en lo relativo a aspectos tales como remuneración y márgenes comerciales a las Redes de concesionarios, con influencia en el precio final de venta fijado por éstos, así como condiciones de políticas y estrategias comerciales" (FD 4º, apartado 4.3.)

"Los intercambios de información acreditados eran aptos, por tanto, y tal era el objetivo buscado en el diseño y evolución de los tres foros de intercambio, para producir una drástica disminución de la incertidumbre en el proceso de determinación de precios y otras relevantes condiciones comerciales que hubiera primado en ausencia de acuerdo para compartir información. La alta periodicidad de los intercambios y la presencia a partir de cierta etapa de empresas consultoras facilitadoras de las reuniones y del intercambio de información son elementos que subrayan la condición estratégica a estos efectos de la información intercambiada" (FD 4º, apartado 4.3.)



" Esta Sala de competencia considera plenamente acreditado que los intercambios de información se articularon para posibilitar, y de hecho generaron, la consecuencia de que las marcas participantes conocieran las principales cifras y resultados económicos obtenidos por sus directos competidores con un elevado nivel de desagregación, relativos a los mercados de venta (nuevos y usados) y postventa (taller y venta de recambios), los beneficios por departamentos en importes totales y en porcentaje, las cifras de gastos (en porcentaje y en total), así como BAI (en porcentaje y en total) y los márgenes comerciales de la red de concesionarios de las marcas participantes en el intercambio. El intercambio de dicha información condujo a un comportamiento concertado entre competidores para la fijación de variables determinantes de su actuación en el mercado " (FD 4º, apartado 4.3).

La Resolución se refiere a la " disminución de la incertidumbre sobre elementos clave de sus políticas comerciales y con aptitud para determinar su comportamiento en el mercado ". (FD 4º, apartado 4.4).

"(...) A esta Sala de Competencia le parece incuestionable que un intercambio de esas características es dañino para la competencia en tanto que apto para suprimir la incertidumbre sobre el comportamiento en el mercado de las marcas respecto a parámetros estratégicos, reduce la independencia de la conducta entre las marcas partícipes en el mismo y disminuye los incentivos para competir ". (FD 4º, apartado 4.4).

Concluye la CNMC en el apartado 4.4. de la Resolución: " Resulta incuestionable que una conducta trazada en la forma descrita tiene por objeto o finalidad restringir deliberadamente la incertidumbre sobre cuya base empresas competidores deben tomar sus decisiones en un entorno competitivo. No constan, ni han sido alegados por las partes, otros motivos, justificaciones o finalidades plausibles a la conducta imputada a las partes".

4.11.6. La Resolución contiene varias referencias a la afectación de los consumidores finales:

(...) La disminución de la competencia generada por tales intercambios de información durante los períodos en los que se produjeron se han trasladado al consumidor final en forma de menores descuentos, políticas comerciales menos agresivas por parte de las marcas y un menor esfuerzo por distinguirse de las otras empresas con unos servicios de más calidad (FD 7º, apartado 7.3.).

" Otro elemento importante de la conducta se refiere a lo que el artículo 64.1.c) de la LDC alude al mencionar el "alcance de la infracción". Teniendo en cuenta las conductas colusorias analizadas en este expediente, el mercado geográfico se extiende, respecto a las prácticas realizadas en relación con las marcas incoadas, a todo el ámbito nacional, lo que debe tomarse en consideración a la hora de valorar los efectos de la práctica sobre otros operadores económicos (operadores presentes en la distribución minorista, talleres oficiales o independientes) y, especialmente, sobre los consumidores y usuarios perjudicados por las conductas realizadas" . (FD 7º, apartado 7.3.).

La CNMC, con motivo de la solicitud de modulación de las multas, argumenta también que en situaciones de crisis económica " los riesgos de comportamientos anticompetitivos en 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. El cumplimiento de la normativa de competencia pretende garantizar, precisamente, un comportamiento más eficiente de los agentes económicos, contribuyendo también a proporcionar unas mejores condiciones de compra a los consumidores " (FD 7º, apartado 7.3.).

4.11.7. La CNMC deja claro que las marcas se han beneficiado ilícitamente:

Las marcas participantes en el cártel gozaron, por tanto, de una protección respecto de su funcionamiento en el mercado impropia de un entorno competitivo en ausencia de intercambio de información sensible, beneficiándose ilícitamente de una estabilidad artificial en sus actuaciones en el mercado afectado (FD 7º, apartado 7.3.).

Y también parece razonable asociar, siquiera parcialmente, el "beneficio ilícito" obtenido por las marcas a la obtención de un margen superior al que habrían tenido en una situación de competencia (FD 7º, apartado 7.3.).

En el FD 4º, apartado 4.4, la CNMC insiste en el beneficio evidente para los partícipes:

"La Sala considera suficientemente acreditada una conducta única y continuada que, por la naturaleza de la información intercambiada y el objetivo perseguido de reducir la incertidumbre y coordinar estrategias comerciales, distorsiona la competencia, con un efecto evidente en beneficio de los partícipes en la conducta, lo cual constituye una infracción por objeto del artículo 1 de la LDC, calificada como cártel conforme a la Disposición adicional cuarta 2 de la LDC .

En este sentido debemos recordar lo que ya dijo el Consejo de la CNC en la citada Resolución de 2 de marzo de 2011, expte. NUM001 Peluquería Profesional, con respecto al concepto de cártel recogido en la Disposición Adicional 4 de la LDC : "La definición, en contra de lo que pretenden los imputados en este expediente, es amplia.



Es un acuerdo entre competidores, que por la propia lógica de su carácter fraudulento para otros competidores, los consumidores y para el interés general, se hace con ocultación y que tiene por finalidad afectar al mercado de cualquiera de la formas posibles, pero siempre buscando el beneficio de los cartelistas y en detrimento del interés general".

Y en el apartado 4.9, añade la CNMC : *" Hay que añadir, además, frente a lo alegado por alguna de las incoadas, que lejos de generar efectos procompetitivos, el cártel de intercambio de información tenía como objeto y tuvo como efecto beneficiar exclusivamente a las marcas partícipes, en detrimento de los clientes y consumidores y de otros competidores que no participaron en el intercambio de información secreta y estratégica".*

4.12. La sentencia de la Audiencia Nacional, confirmando la Resolución de la CNMC, concluye (FD 8º) que la información intercambiada era apta para conocer la fijación de precios y el proceso de determinación de condiciones comerciales relevantes de los competidores, y que el propósito de éstos era alinear y ajustar sus conductas, ajuste que, razonablemente, cabe presumir afectaba a los precios que, en último término, pagarían los consumidores finales en el mercado minorista, mercado en el que se concretaron los efectos contrarios a la competencia (apartado 4.9 de la Resolución de la CNMC).

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

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

Concluye también la sentencia que no existen pruebas de que los precios se estabilizaran y sí de que mejoró la rentabilidad de las redes de concesionarios.

(...) " El contexto en el que los fabricantes de automóviles se intercambiaron la información aludida fue en un contexto de crisis económica grave que afectó especialmente al sector automovilístico. Y ello provocó una importante caída en las ventas de vehículos lo cual motivó que los fabricantes de automóviles entendieron oportuno que debían adoptarse medidas para proteger especialmente a las redes oficiales de concesionarios (encargados de la comercialización de los vehículos y del servicio de posventa) de graves pérdidas económicas e, incluso, de su cierre. Y, precisamente, el intercambio de información permitió a las marcas mejorar su conocimiento respecto de lo que estaba haciendo el competidor para mejorar la rentabilidad de sus redes de concesionarios lo que efectivamente se consiguió. Sin embargo, no existe una verdadera prueba- más allá de las consideraciones recogidas en el informe pericial- de que los precios de los vehículos se estabilizaran como consecuencia de la reducción de los costes de los concesionarios, como así sostiene la recurrente para justificar la eficiencia en el mercado, o si fue debido a la menor demanda de vehículos dada la grave situación de crisis económica en España en ese periodo".

4.13. Y la **STS nº 531/2021, de 20 de abril**, declara no haber lugar al recurso de casación previas las siguientes consideraciones (FD 4º) relacionadas con el alcance de la información compartida y su influencia en la determinación de los precios finales, precios que las marcas podían conocer. Y este conocimiento de los precios finales debe relacionarse con el propósito de las marcas, que, según hemos visto, era alinear conductas y ajustar comportamientos.



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

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

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

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

En fin, el tipo de información intercambiada individualizada, actual, secreta y periódica sobre elementos relativos a los precios permite conocer las estrategias comerciales mutuas de las marcas y las condiciones de las redes de distribución relevante para la adopción de las políticas comerciales y apta para disminuir la incertidumbre y facilitar el alineamiento. El intercambio hizo posible el conocimiento de elementos fundamentales en la definición de la estrategia competitiva de las marcas y permitió un ajuste de su comportamiento en el mercado de forma incompatible con las normas de la competencia".

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

5. Por otro lado, parece razonable pensar que las empresas sólo estén dispuestas a asumir el riesgo de ser descubiertas y de soportar cuantiosas multas si obtienen beneficios que les compensan. En este sentido, el apartado 140 de la Guía Práctica de cuantificación del perjuicio de la Comisión Europea recoge que " *Infringir las normas de competencia expone a los miembros del cártel al riesgo de ser descubiertos y, por tanto, objeto de una decisión por la que se declare una infracción y se impongan multas. El mero hecho de que las empresas participen, a pesar de todo, en tales actividades ilegales indica que esperan obtener substanciales beneficios de sus acciones, es decir, que el cártel produzca efectos en el mercado, y por consiguiente, en sus clientes.*

Y el Tribunal Supremo, en relación con el cártel de camiones y citando el apartado 140 de la Guía Práctica, ha considerado que debe " *partirse de la base de que la teoría económica y los estudios empíricos constatan que los cárteles constituyen una modalidad de conductas anticompetitivas graves que pueden afectar a los precios*" (entre otras, STS núm. 948/2023, de 14 de junio, FD 4º.4).

Y la SAP de Madrid, sección 28ª, de 3 de febrero de 2020 (c ártel de los sobres de papel) argumenta que " *no tiene sentido alguno el mantenimiento del cártel durante tan largo periodo de tiempo con los riesgos que ello*



implica para sus miembros, si no se obtenían beneficios del mismo o, lo que es lo mismo, si los clientes no pagaban sobrepagos por las compras, soportando así el correspondiente daño".

En esta línea, como hemos visto, concluye la CNMC en el apartado 4.9, añade la CNMC que " *el cártel de intercambio de información tenía como objeto y tuvo como efecto beneficiar exclusivamente a las marcas participantes, en detrimento de los clientes y consumidores y de otros competidores que no participaron en el intercambio de información secreta y estratégica*".

Pues bien, en este caso, la demandada no explica en su escrito de contestación qué concreto beneficio, distinto de la obtención de un superior margen en su actividad de distribución de automóviles, ha podido obtener por su participación en el cártel.

6. El Tribunal Supremo ha recordado también, entre otras, en la sentencia núm. 948/2023, de 14 de junio (FD 5º.3), que " *El intercambio de información sobre precios ya es considerado por la Comisión como una distorsión de la competencia, causa muy probable de una elevación de precios (apartado 73 de la Comunicación de la Comisión sobre Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal)*.

7.-Y en el fundamento de derecho sexto (apartado 4) de la misma sentencia, en relación con el hecho de que la infracción de la competencia lo sea por objeto y no por efectos, razona el Tribunal Supremo:

" *No es óbice que la Decisión sancione el cártel como una restricción de la competencia por objeto, y no por efectos.*

(...) *El apartado 21 de la Comunicación de la Comisión - Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (Texto pertinente a efectos del EEE) declara:*

"*Se entiende por restricciones de la competencia por objeto aquéllas que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia. Se trata de restricciones que, dados los objetivos de las normas comunitarias de competencia, presentan un potencial tan elevado de efectos negativos para la competencia que no es necesario aplicar el apartado 1 del artículo 81 para demostrar cualquier efecto real en el mercado. Dicha presunción se basa en la gravedad intrínseca de la restricción y en la experiencia, que demuestra que las restricciones de la competencia que lo sean por su objeto pueden surtir efectos negativos para el mercado y poner en peligro los objetivos de las normas comunitarias de competencia. Las restricciones por objeto, tales como la fijación de precios y el reparto de mercados, reducen la producción y aumentan los precios, lo que redundaría en una mala asignación de recursos, pues no se producen los bienes y servicios que demandan los clientes. Suponen asimismo una reducción del bienestar de los consumidores, quienes se ven obligados a pagar precios más elevados por dichos bienes y servicios*".

8. Finalmente, la **Sección 32ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia núm. 33/2023, de 21 de julio**, ha presumido la existencia de daño en este cártel (énfasis añadido):

"**TERCERO** .- Este tribunal considera que una negativa frontal a la existencia de daño, pues el resto de los requisitos ya quedaron fijados en la resolución de la primera instancia y no son el motivo aquí del debate, no se aviene bien con las circunstancias del caso. Tampoco se acomoda al enfoque que la doctrina jurisprudencial está preconizando para el tratamiento judicial de los cárteles.

Dado el marco temporal en el que acaecieron los acontecimientos que aquí nos ocupan, previo a las reformas legales operadas en el ordenamiento jurídico español, no nos hallamos ante un caso en el que podamos aplicar la presunción legal de que el cártel causa daño al amparo de lo previsto en el artículo 17.2 de la Directiva 2014/104/UE. Porque no podemos acudir, de manera general e indiferenciada (al margen de las matizaciones que efectúa la jurisprudencia del TJUE - sentencia del TJUE de 22 de junio de 2022, asunto c-267/20), a la aplicación de la normativa de carácter sustantivo de la Directiva 2014/104/UE y a su norma de transposición al Derecho español, el Real Decreto Ley 9/2017 (que modificó la Ley 15/2007, de Defensa de la competencia) cuando la fecha de ocurrencia de los hechos es anterior a la vigencia de aquella. La irretroactividad de la nueva normativa sustantiva está además enunciada en el artículo 22 de la Directiva y en la disposición transitoria primera del RDL 9/2017. Esa es también la doctrina jurisprudencial comunitaria (sentencia del TJUE de 22 de junio de 2022, asunto c-267/20) a propósito de la previsión del artículo 17 apartado 2 de la Directiva 2014/104.

Ahora bien, *que la responsabilidad haya que enjuiciarla con arreglo a la tradicional responsabilidad civil extracontractual (artículo 1902 del C. Civil y sentencia de la Sala 1ª del TS 651/2013, de 7 de noviembre, sobre el cártel del azúcar), en relación con las previsiones contenidas en el artículo 101 del TFUE (que considera ilícitos los acuerdos colusorios), y en el artículo 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), no va a impedir que se aplique una presunción para los daños derivados*



del cártel que ya podía extraerse antes de ese cambio legal del Derecho nacional español y conforme al principio de efectividad propio del Derecho comunitario. Porque la teoría económica y los estudios empíricos constatan que cualquier tipo de cártel afecta a los precios. El mero hecho de que las empresas participen, a pesar de exponerse a sufrir graves sanciones, en tales actividades ilegales indica que esperan obtener sustanciales beneficios de sus acciones, es decir, que el cártel produzca efectos en el mercado, y por consiguiente, en sus clientes. Por ello, la jurisprudencia española (sentencias de la Sala 1ª del TS números 923/2023, 924/2023, 925/2023, 926/2023, 927/2023 y 928/2023, de 12 de junio; 939/2023, 940/2023, 941/2023 y 942/2023, de 13 de junio; y 946/2023, 947/2023, 948/2023, 949/2023 y 950/2023, de 14 de junio) ha señalado que en los casos en los que todavía no proceda aplicar, por razones de vigencia temporal, la mencionada presunción legal, sí cabe, al menos, acudir a la presunción de la existencia del daño fundada en el artículo 386 LEC. Así, cabrá aplicar las reglas del raciocinio humano y las máximas de experiencia para concluir que el cártel ha debido producir daño, cuando por las características del mismo (por su duración, extensión geográfica, cuota de mercado, objeto del acuerdo colusorio) sea esa la consecuencia lógica inherente a la propia racionalidad económica de la existencia de esa operativa anticoncurrencial (con una alta exposición al riesgo de elevadas sanciones, cuya asunción carecería de sentido en ausencia de todo beneficio).

Esto es lo que ocurre en el presente caso, ya que las características del cártel de los fabricantes de los coches ponene de manifiesto que se trata de una operativa anticoncurrencial remarcable y de considerable dimensión. Enumeramos sus caracteres más relevantes, que pueden extraerse del previo expediente sancionatorio: 1ª) ha tenido una duración bastante significativa, pues abarca más de siete años; 2ª) su extensión espacial es amplia, ya que se refiere a la totalidad del mercado español de distribución y comercialización de vehículos, recambios y accesorios, así como la prestación de actividades y servicios posventa; 3ª) el grado de expansión del mismo fue notable, pues llegó a aglutinar bajo su influencia a un 91 % de la cuota de mercado de la distribución de vehículos automóviles en España atendiendo al conjunto de las marcas implicadas; 4ª) los cartelistas adoptaron medidas para tratar de ocultar y mantener en secreto la existencia del cártel por temor a ser sancionados; y 5ª) su objeto era trascendente desde el punto de vista concurrencial, pues se producía el intercambio de información sensible entre competidores referente a precios, cantidades, listas de clientes o costes de producción e incluso remuneración y márgenes de las redes de concesionarios, con influencia final en el precio final de venta fijado por éstos, así como de las condiciones de políticas comerciales y servicios posventa (incluidos taller y accesorios), todo lo cual resulta relevante para la adopción de estrategias comerciales y apto para la disminución de la incertidumbre en el proceso de determinación de precios; el intercambio de información condujo a un comportamiento concertado entre competidores para la fijación de variables determinantes de su actuación en el mercado.

No sería óbice para nuestro precedente planteamiento que se sancionase el cártel como una restricción de la competencia por objeto y no por sus efectos, pues incluso si la conducta infractora se hubiera limitado al intercambio de información, ello no permitiría ignorar que dado el carácter estratégico que a la misma se asigna en la resolución sancionatoria, esa operativa ilícita habría estado posibilitando a las empresas competidoras conocer el precio que se podía fijar para sus productos o prestaciones, que de esa manera no iba a resultar determinado por la búsqueda de la eficiencia empresarial sino conforme a una competencia alterada por la conducta infractora, en cuanto se suprime la incertidumbre sobre el comportamiento que podrían tener en el mercado las empresas partícipes en él. Las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2011/ C 11/01), que sustituyeron a las Directrices de la Comisión sobre la aplicabilidad del artículo 81 TCE a los acuerdos de cooperación horizontal (DOCE 2001/ C 3/02), se refieren al intercambio de información en su apartado 73 del siguiente modo: " *Es particularmente probable que el intercambio de información sobre las intenciones individuales de las empresas en cuanto a su conducta futura relativa a precios o cantidades desemboque en un resultado colusorio. La información recíproca sobre tales intenciones puede permitir a los competidores llegar a un nivel común de precios más elevado sin correr el riesgo de perder cuota de mercado o de desencadenar una guerra de precios durante el periodo de ajuste a los nuevos precios.*" Llamamos la atención sobre las consideraciones que al respecto se vierten en la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 23 de diciembre de 2019 (dictada en el recurso número 689/2015) y en la sentencia de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo el Tribunal Supremo nº 1420/2021 que resolvieron, para desestimarlos, el recurso de TOYOTA ESPAÑA contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de fecha 23 de julio de 2015 (expediente NUM000, Fabricantes de automóviles), que antes hemos reproducido en su literalidad y que apuntan en sentido similar.

Aunque la incidencia del cártel pueda resultar un tanto difusa, lo cierto es que va propagándose de manera sucesiva por el mercado en un escenario no exento de complejidades. Así que lo normal, porque así lo dicta la lógica más elemental, es que la interferencia ocasionada en inicio se acabe trasladando, en alguna medida, a esos otros estadios posteriores de circulación de la mercancía, hasta llegar, de algún modo, al precio final



pagado por los adquirentes. Si se protege la libre competencia es también para evitar que aquél resulte alterado de una manera artificial. Y lo que no hay por qué presuponer es que los eventuales descuentos en la comercialización de los bienes supongan una absorción por los escalones intermedios del mercado (los concesionarios, ya fueran independientes o dependientes de los fabricantes) del efecto del cártel, sino más bien todo lo contrario, que tenderán a repercutirlo, de un modo u otro, en el precio final de los bienes o servicios. Esta clase de cártel pudo perjudicar no solo a los concesionarios, sino que también pudo hacerlo a los compradores de vehículos y a los usuarios de los servicios de posventa y reparación, pues los intercambios de información también alcanzaban a los recambios y prestaciones de taller".

9. Por todo lo expuesto, en aplicación del artículo 386 LEC, presumo que la conducta infractora de la demandada causó daño a la demandante en forma de pago de sobreprecio en la adquisición de su vehículo.

VII. FALTA DE DESTRUCCIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE EXISTENCIA DE DAÑO.

1. La presunción aplicada admite prueba en contrario, pero el informe pericial de la demandada, realizado por KPMG Asesores, S.L., en fecha 14 de marzo de 2023, no tiene, a mi juicio, eficacia para desvirtuar la presunción. Y ello, principalmente, porque (i) obvia el contenido de la Resolución de la CNMC y de los Tribunales que han desestimado los recursos interpuestos contra la misma, ; (ii) la base de datos confeccionada a partir de datos transaccionales solo contiene información desde el año 2010, cuando Peugeot participó en el cártel desde febrero de 2006 hasta julio de 2013, lo que significa que KPMG no tiene en cuenta información transaccional de cuatro años del cártel; (iii) y KPMG tampoco tiene en cuenta el concreto vehículo objeto del procedimiento (en este sentido la **SAP de Madrid, sección 32ª, núm. 33/2023, de 21 de julio**).

2. En efecto, la Resolución de la CNMC establece de forma clara que el intercambio de información permitió a las marcas conocer los datos necesarios que conducen a la fijación de precios y a la determinación de otras condiciones comerciales relevantes. La CNMC concluye también que el objetivo perseguido era el alineamiento de todas las empresas competidoras y que éstas consiguieron ajustar sus comportamientos en el mercado, sin que las marcas acreditaran qué otra finalidad tuvo el intercambio de información. Se expresa también de forma clara que el objetivo era exclusivamente el beneficio de los intervinientes en perjuicio, entre otros, de los consumidores, a quienes la Resolución de la CNMC menciona en varias ocasiones como hemos visto. La relación entre la política de remuneración a la red de concesionarios y la fijación de precios que pagan los consumidores también ha sido constatada. Y también se establece que se consiguió mejorar la rentabilidad de la red de concesionarios y que no existe prueba de que la estabilización de los precios fuera debida a la reducción de los costes de los concesionarios y no a una menor demanda como consecuencia de la crisis económica.

Y la CNMC alcanza sus conclusiones tras analizar el detalle de la numerosa información intercambiada, información que también ha sido obviada en el informe pericial. Así, la Resolución señala que las marcas intercambiaron información sobre los márgenes comerciales de su red de concesionarios y esos márgenes no han sido analizados.

3. A lo anterior se añade que ni en la contestación a la demanda ni en el informe pericial se concreta qué beneficio distinto de un superior margen obtuvo la demandada por su participación en el cártel. Y es obvio que la demandada obtuvo un beneficio pues lo contrario atenta contra toda lógica y raciocinio, pero la demandada guarda silencio.

4. Así las cosas, el informe pericial de KPMG concluye (página 6) que " *no existe evidencia económica de sobreprecio estadísticamente representativo en los precios de los vehículos nuevos de las marcas Peugeot, Citroën-DS Fiat y Opel derivados de la infracción*".

5. Tal conclusión se alcanza aplicando diversas metodologías:

(i) Cuantificación del sobreprecio a partir de datos suministrador por Peugeot, Citroën-DS Fiat y Opel en España empleando un método de comparación diacrónica con un análisis de regresión, comparando precios netos de los vehículos de cada una de las respectivas marcas en el mercado español durante el periodo de infracción con respecto al periodo posterior a la finalización de la misma (apartado 4).

Los peritos consideran apropiado utilizar los precios netos obtenidos por los fabricantes de las ventas a los concesionarios porque encontrar un sobreprecio en esta etapa de la cadena es condición necesaria para la existencia de un potencial sobreprecio en la cadena siguiente.

(ii) Cuantificación del sobreprecio a partir del índice de precios al consumidor armonizado de automóviles. Se analiza la evolución del índice de precios al consumidor armonizado de automóviles (IPCA de automóviles (0711)) de España obtenidos de Eurostat para el periodo enero de 2001 a diciembre de 2019. Para el análisis

se establece como punto de partida enero de 2006=100, que corresponde con el mes previo al inicio de la infracción (febrero de 2006). Se hacen las siguientes comparaciones (apartado 5).

* Análisis diacrónico temporal directo antes, durante y después del índice de precios de automóviles en España.

* Análisis sincrónico directo del índice de precios de automóviles en España comparado con el mismo índice para la Unión Europea.

* Análisis sincrónico directo comparando el índice de precios de automóviles en España con respecto al IPC general en España.

(iii) Cuantificación del sobreprecio a partir de la evolución del precio medio de turismos para España. De forma alternativa, se tiene información sobre la evolución del precio medio anual de turismos para España obtenido del "The International Council on Clean Transportation (ICCT)", para el periodo 2001 a 2019. Se cuenta con información anual de otras variables para el mismo período que se incluyen en el análisis: potencia (en kW), peso del vehículo (en kg) y cilindrada del motor (en CC) (apartado 6).

6. El método diacrónico temporal emplea dos bases de datos:

(i) Base de datos con información transaccional en España de las marcas Citroën-DS y Peugeot (1.232.865 transacciones) entre enero de 2010 y diciembre de 2019.

(ii) Base de datos "carline", que emplea valores medios anuales a nivel de carline (concepto empleado por el grupo PSA en el control de su gestión del negocio. Consiste en una agregación de los vehículos por marca y modelo, esencialmente) de las marcas Citroën-DS y Peugeot (1.770 observaciones). Incluye información de carácter medio anual sobre precios netos efectivos obtenidos por Citroën-DS y Peugeot, costes de fabricación y descuentos por marca, modelo y carrocería (carline), según tipo de cliente, para el periodo comprendido entre 2008 y 2019 en España.

Además, se afirma disponer de otras dos bases de datos:

(iii) Base de datos con información transaccional de la marca Fiat (332.177 transacciones) entre julio de 2006 y diciembre de 2019.

(iv) Base de datos transaccional (737.869) de Opel entre el primer trimestre de 2008 y el cuarto trimestre de 2019, incluido.

Afirman los peritos que, en todas las bases de datos, la información está relacionada con las transacciones de venta del fabricante en España de automóviles nuevos de las cuatro marcas referidas.

En relación con las bases de datos, añaden los peritos que disponen de información sobre las características técnicas de los vehículos:

- En las bases de datos de información "transaccionales" de Citroën-DS, Peugeot, Fiat y Opel: información de la marca, modelo, gama, silueta, tipo de motor, segmento, tipo de cliente y tipo de combustible.

- En la base de datos "carline" de PSA: información de la marca, modelo, gama, segmento y tipo de cliente.

Las variables introducidas en el modelo de regresión son las siguientes:

(i) Como variable dependiente o explicativa, los precios netos efectivos de venta obtenidos por cada fabricante en las transacciones de los automóviles nuevos de su respectiva marca comercializados en España. En un ejercicio alternativo también se emplea como variable dependiente el precio bruto de Citroën-DS y Peugeot, respectivamente, de los automóviles.

(ii) La variable infracción se corresponde con una variable dicotómica que toma el valor 1 si la transacción se encuentra dentro del periodo de la infracción (hasta el 31 de julio de 2013 en el caso del análisis basado en la base de datos transaccional, o hasta 2013, incluido, en el caso del análisis con datos de carline), y 0 para el resto de las transacciones realizadas con posterioridad al periodo de infracción.

(iii) Costes: recoge el coste medio de fabricación de los automóviles. Como variable alternativa se ha incluido una variable como el IPRI general de fabricación de vehículos a motor en la UE27. No obstante, admiten los peritos que, desde el punto de vista económico, la variable IPRI no corresponde propiamente a los costes relevantes de fabricación de automóviles porque el IPRI incluye distintos productos clasificados como vehículos a motor y que nada tienen que ver con los vehículos automóviles, tales como motocicletas, autobuses o camiones ligeros, medianos y pesados. Añaden que, además, tales vehículos no son comprables con los automóviles porque están afectados por distintos factores de oferta y demanda. No obstante, por ser una variable públicamente disponible, consideran su inclusión en algunos modelos econométricos porque aporta un ejercicio de sensibilidad de los resultados del ejercicio de cuantificación alternativa de sobreprecio.



(iv) Demanda de mercado a través de: (a) el tipo de cliente (flotas, particulares y alquiladores); (b) el PIB en términos reales y (c) la tasa de paro en España.

(v) Características del automóvil: marca, segmento, gama comparable, tipo de combustible.

Concluyen los peritos que los resultados de la especificación muestran que la infracción no tuvo un impacto estadísticamente significativo sobre los precios netos de los automóviles nuevos vendidos Citroën -DS vendidos en España.

7. Como decía inicialmente, una de las críticas al informe afecta a las bases de datos empleadas.

El informe ofrece la siguiente información sobre las dos bases de datos que utiliza:

(i) Base de datos con información transaccional en España de las marcas Citroën-DS y Peugeot (1.232.865 transacciones) entre enero de 2010 y diciembre de 2019.

(ii) Base de datos "carline", que emplea valores medios anuales a nivel de carline (concepto empleado por el grupo PSA en el control de su gestión del negocio. Consiste en una agregación de los vehículos por marca y modelo, esencialmente) de las marcas Citroën-DS y Peugeot (1.770 observaciones). Incluye información de carácter medio anual sobre precios netos efectivos obtenidos por Citroën-DS y Peugeot, costes de fabricación y descuentos por marca, modelo y carrocería (carline), según tipo de cliente, para el periodo comprendido entre 2008 y 2019 en España.

En el apartado 16 del pie de página (página 23) explican los peritos:

"La base de datos transaccional proporcionada por PSA es también conocida como "SAMARA" y recoge tanto las ventas realizadas principalmente a través de concesionarios por PSA. PSA no dispone información a nivel transaccional previa al año 2010".

"El número de observaciones disponibles a nivel transaccional hace referencia a la base de datos obtenida una vez se llevan a cabo los procesos de: extracción de datos; limpieza y contraste de forma que los datos se mantengan íntegros, coherentes y comparables, de forma que sean útiles para el análisis (esto implica, por ejemplo, aplicar reglas técnicas para corregir formatos y validar la integridad de los datos que se tienen a lo largo del tiempo); y, carga en el software estadístico para que puedan ser analizados para la cuantificación del sobreprecio alternativa presentada en este informe pericial".

En el apartado 17 del pie de página (página 23) se hace referencia a la segunda base de datos empleada, la base de datos denominada "carline":

"PSA no dispone de información por "Carline" para antes del año 2008.

El número de observaciones disponibles a nivel Carline hace referencia a la base de datos obtenida luego de los procesos de: extracción de datos; limpieza y contraste de forma que los datos se mantengan íntegros, coherentes y comparables, de forma que sean útiles para el análisis (esto implica, por ejemplo, aplicar reglas técnicas para corregir formatos y validar la integridad de los datos que se tienen a lo largo del tiempo); y, carga en el software estadístico para que puedan ser analizados para la cuantificación del sobreprecio alternativa presentada en este informe pericial".

En la vista, el perito de KPMG, D. Arcadio , no fue interrogado sobre las bases de datos.

En otras vistas en las que el perito de KPMG ha sido interrogado sobre esta misma cuestión, ha aclarado que no disponen de facturas; lo que tienen es una base de datos descargada del programa de gestión de Stellantis (anexo III del informe sobre Fuentes de información). Stellantis tiene un programa de gestión que acumula toda la información sobre todas las transacciones realizadas, y con una serie de características asociadas a cada una de las facturas.

Para saber qué es Stellantis es necesario acudir al anexo III del informe pericial de KPMG, que incluye un enlace a esta empresa, Stellantis N.V., fundada por Grupo PSA y FCA (Fiat Chrysler Automobiles).

KPMG estaba haciendo una auditoría sobre esta base de datos con el objeto de comprobar la correspondencia entre los datos descargados y los utilizados, y a la fecha de esta sentencia ya ha aportado en otros procedimientos un certificado de Crowe Accelera Management, S.L.(Crowe) según el cual KPMG ha recibido toda la información relevante de los registros de Stellantis sin manipulación alguna, y se ha comprobado la exactitud de los registros seleccionado con una muestra de facturas para cada uno de los ficheros extraídos, verificando que los datos contenidos en las mismas concuerdan con la información de los archivos extraídos y con la documentación soporte(facturas y pantallazos del sistema).

La referencia a "Samara" en la base de datos transaccional identifica el software que utiliza Stellantis.



Respecto a la base de datos carline, se ha explicado que Stellantis tiene varias bases de datos:

(i) una es transaccional, que contiene toda la información que figura en las facturas.

Esta base de datos no contiene datos anteriores a 2008 porque, simplemente, no se han conservado, según han declarado los peritos.

(ii) la base de datos carline.

Esta base de datos se construye a nivel de modelo y año, y es utilizada a nivel de gestión. A diferencia de la transaccional, sí contiene datos anteriores a 2008 pero emplea valores medios anuales.

En definitiva, el estudio econométrico es la alternativa principal de cuantificación del daño y no tiene en cuenta el periodo 2004-2008. Por otro lado, se suscitan dudas sobre la posibilidad de haber extendido tal estudio a un periodo cártel más amplio teniendo en cuenta que la base de datos carline sí contiene datos anteriores a 2008, y si bien es una base de datos que emplea valores medios anuales, esos valores medios han tenido que alcanzarse partiendo de datos individuales. A todo ello se añade que KPMG no ha tomado en consideración el concreto vehículo objeto del procedimiento y que el informe se ha elaborado a espaldas del contenido de la Resolución de la CNMC.

Por todo lo expuesto, considero que el informe carece de virtualidad para destruir la presunción de existencia de daño.

8. Presumida, sin prueba en contrario, la existencia de daño, procede analizar si el mismo ha podido ser repercutido aguas abajo.

VIII. PASS ON

1. La demandada alega que la eventual reventa del vehículo habría provocado que el importe satisfecho por su compra se viera minorado en la cantidad obtenida con su reventa, ya que la demandante habría obtenido una satisfacción parcial por cualquier eventual sobrecoste en el precio de compra del vehículo al haber vendido el mismo con posterioridad.

2. En este caso no consta la reventa del vehículo, luego la posible repercusión del sobreprecio no puede ser considerada.

3. En todo caso, a juicio de esta juez, resulta imposible poder apreciar tal repercusión atendiendo exclusivamente a una operación de reventa porque, en la generalidad de los supuestos, ésta tiene lugar cuando el vehículo ha sufrido una depreciación importante, siendo el precio de transmisión notablemente inferior al de adquisición, lo que no hace plausible pensar que el precio de reventa pueda absorber el sobreprecio sufrido en su día.

4. Sobre la repercusión del sobreprecio en la posterior reventa del vehículo también se ha pronunciado la **Sección 32ª en la sentencia citada**, rechazando tal posibilidad en atención a la depreciación que en un corto periodo de tiempo sufren los vehículos.

Argumenta la Audiencia Provincial en el fundamento de derecho octavo de la sentencia:

"La consideración de la reventa del coche que fue realizada el 21 de julio de 2014, cuando el mismo había sido adquirido a mediados del año 2006, como un mecanismo de traslado del sobreprecio resulta una argumentación objetable. Francamente, siendo notoria la depreciación que sufren en las reventas los vehículos usados, dado el desgaste que sufren con su utilización y la obsolescencia que en corto tiempo afecta a sus componentes y a la tecnología que incorporan, no constituye un escenario verosímil el de que la parte actora hubiese podido enjugar el sobreprecio pagado por el vehículo nuevo con la reventa realizada del vehículo ya avejentado y que habría sido empleado para su cometido durante un lapso temporal más que apreciable. En ese contexto resulta difícil imaginar una operación en la que, con las circunstancias del caso, pudiera hacerse en condiciones de mercado una transmisión que permitiera compensar el sobreprecio en su momento pagado por el vehículo nuevo. Como hipótesis de partida resulta por completo inverosímil, a la luz del principio de normalidad, que consiste en la aplicación de las reglas de la lógica, de la racionalidad propia de las máximas de experiencia deducidas del proceder del común de las gentes ante una situación concreta y determinada" (sentencia de la Sala 1ª del TS de 20 de julio de 2006 , con cita de las de 14 de mayo de 1994 y 11 de diciembre de 1995), de manera que "aquellos acontecimientos que se desarrollan cotidianamente con arreglo a patrones homólogos no deben ser sometidos a exigencias de prueba rigurosas y sí, en cambio, aquellos otros hechos que por distanciarse del curso ordinario del acontecer de las cosas o del proceder humano, se nos aparecen como anómalos, infrecuentes o atípicos" (sentencias de la Sala 1ª del TS de 15 de julio de 1999 , 30 de noviembre de 2000 , 4 de noviembre de 2004 , 11 de octubre y 7 de diciembre de 2005 , 2 de febrero de 2006 , 11 de octubre de 2011 , 25 de noviembre de 2015 y 13 de mayo de 2016). Pues bien, en el recurso no se nos concreta que se diera en el caso concreto algún tipo de



singularidad (de hecho, el vehículo fue transmitido una vez transcurrido un período de tiempo relevante desde su adquisición, según la documentación obrante en el expediente - en concreto, más de ocho años) como para que podamos llegar a una solución diferente a la señalada".

5. Ciertamente es que la Audiencia Provincial no excluye la posibilidad de repercusión, sino que tiene en cuenta las concretas circunstancias de la reventa, en especial el hecho de que el vehículo se adquiriera en el año 2006 y se vendiera en el año 2014, pero sí constata la dificultad del *pass on* y la necesidad de acreditar la concurrencia de algún tipo de singularidad en la reventa que, partiendo de tal dificultad, lo haga factible.

IX. CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO. INFORMES PERICIALES.

1. Informe pericial de la demandante

La demandante aporta un informe pericial realizado por D. Alonso en fecha 16 de marzo de 2022. El perito no intervino en la vista.

1.1. El informe dedica a los métodos empleados para calcular el sobrecoste las páginas 69 y siguientes.

1.1.1. Comparación con un mercado geográfico distinto pero de características similares, concretamente el mercado de vehículos en la Zona Euro. Afirma el perito que se trata de un mercado comparable con el español ya que en ambos existe gran paralelismo entre las variables que pueden afectar a la oferta y a la demanda:

- Segmentación de consumidores.
- Marcas de vehículos similares y que puede ser vendida en todo el ámbito comunitario. - Precios de cada segmento de vehículos similares.
- Red comercial (concesionarios y distribuidores) potente, diversificada y que permite una información suficiente a la hora de decidir la compra por parte del consumidor final. - La legislación europea influye de igual manera en todos los fabricantes con presencia industrial dentro de la UE
- Ausencia de aranceles en el mercado intracomunitario.

1.1.2. Comparación con el mercado de vehículos en Irlanda.

1.1.3. Comparación en el mismo mercado, en un momento anterior y/o posterior a la infracción. Afirma el perito que aplica los modelos ARIMA y ARIMAX para crear el escenario contrafactual en base al mercado previo a la infracción. El perito considera que el periodo contrafactual no puede basarse en el periodo posterior al periodo cartelizado porque, a pesar de dejar de existir el cártel, todavía podían tener efecto las estrategias trazadas a lo largo de los 7 años de prácticas ilegales.

1.1.4. Definidos los mercados de comparación, el perito aplica el método econométrico de la "diferencia en la diferencia" para ajustar los datos y con el objeto de tener en cuenta los distintos factores por los que se ha visto afectados los datos de los mercados comparados.

Ello en consideración a lo dispuesto en el apartado 61 de la Guía práctica:

"Cuando determinados factores (como un aumento de los precios de la materia prima) han influido únicamente en el mercado o periodo de comparación o solo en el mercado o periodo de la infracción, debe considerarse, dependiendo del nivel probatorio necesario y de las normas aplicables en cuanto a causalidad, si es necesario hacer ajustes a los datos obtenidos para que tengan en cuenta estas influencias. Puede tratarse de simples ajustes de los datos en casos en los que el factor de influencia y la magnitud de sus efectos pueda determinarse y tenerse en cuenta con relativa facilidad (véase la sección 1). Pueden lograrse ajustes más sofisticados de los datos de comparación obtenidos con técnicas econométricas, en particular mediante el uso del análisis de regresión, que se describe en la sección 2. Dependerá de la legislación aplicable el que corresponda al demandado o al demandante alegar, fundamentar y probar estos ajustes".

Para la elaboración del modelo se han considerado las siguientes variables:

- HICP vehículos España (1): muestra la evolución de los precios de los vehículos nuevos en España. Este índice lo elabora Eurostat a partir de datos del INE. Se utiliza en forma de dato mensual. Fuente: Eurostat.
- HICP vehículos Eurozona (2): muestra la evolución de los precios de los vehículos nuevos en la Zona Euro. Se utiliza en forma de dato mensual. Fuente: Eurostat.
- HICP general tanto de España como de la Eurozona (3): estos índices aportan al modelo información sobre otros factores económicos que afectan al conjunto de la economía. Se utiliza en forma de dato mensual. Fuente: Eurostat.

- Precio real de venta (4): si bien ya estaría incluido en el HICP de vehículos, el precio del propio fabricante también es una variable que es interesante tener en cuenta para el análisis. A priori, solo se utiliza para poder evaluar si fuera del periodo de la infracción esta variable guarda relación con el HICP de vehículos y poder confirmar la hipótesis de que en el largo plazo se comporta de forma similar al HICP. Durante el periodo de la infracción no se podría tener en cuenta, ya que es la variable con la que se va a comparar la referencia obtenida con el modelo econométrico y, por lo tanto, no puede formar parte de este. Se utiliza en forma de dato mensual, considerando el valor medio del fabricante analizado. Fuente: Datos de fuentes que recopilan la información directamente de los fabricantes con frecuencia mensual (p.e. KM77).
- Impuestos aplicables (2): esta variable está directamente relacionada con los precios de venta de los vehículos. El I.V.A. y el impuesto de matriculación son las dos variables a tener en cuenta. Se utiliza en forma de dato mensual, considerando el valor medio del fabricante analizado. Fuente: Datos de fuentes que recopilan la información directamente de los fabricantes con frecuencia mensual (p.e. KM77).
- Ayudas y subvenciones aplicables (2): al igual que los impuestos aplicables, esta variable afecta directamente al precio de venta del vehículo y ha de ser considerada en el análisis. Se utiliza en forma de dato mensual, considerando el valor medio del fabricante analizado. Fuente: Datos de fuentes que recopilan la información directamente de los fabricantes con frecuencia mensual (p.e. KM77).
- Número de participantes en el cártel (5): esta variable está directamente relacionada con la infracción. Si bien no se utiliza en la construcción del modelo econométrico, sí se utilizará para confirmar o refutar la existencia de un perjuicio para los compradores directamente relacionado con la infracción. Se utiliza en forma de dato mensual, siendo el cómputo total de fabricantes con participación activa en el cártel durante ese mes considerando las fechas indicadas en la sentencia de la CNMC (Expte. NUM000 Fabricantes de automóviles).
- Tiempo transcurrido desde el inicio del cártel (5): esta variable está directamente relacionada con la infracción. Si bien no se utiliza en la construcción del modelo econométrico sí que se utilizará para confirmar o refutar la existencia de un perjuicio para los compradores directamente relacionado con la infracción. Se utiliza en forma de dato mensual, tomándose como fecha de inicio la indicada como fecha de inicio de la infracción según la sentencia de la CNMC (Expte. NUM000 Fabricantes de automóviles). Se expresaría en meses.
- Variación en el número de ventas de vehículos en España (2): el número de ventas en un periodo de tiempo tiene influencia en la formación de precios de acuerdo con la ley de la oferta y la demanda, tal como se ha explicado en el apartado correspondiente. Se tendrán en cuenta las variaciones observadas en las ventas de un año respecto del anterior. Fuente: Eurostat.
- Variación del número de ventas de vehículos en la Eurozona (3): el número de ventas en un periodo de tiempo tiene influencia en la formación e precios de acuerdo con la ley de la oferta y la demanda, tal como se ha explicado en el apartado correspondiente. Las ventas en la Eurozona influyen sobre el HICP de vehículos. Se tendrán en cuenta las variaciones observadas en las ventas de un año respecto del anterior. Fuente: Eurostat.

1.1.5. El perito ofrece la siguiente explicación de las variables:

- (1) Variable endógena o dependiente. Esta es la variable que el modelo econométrico pretende explicar a partir de las variables independientes.
- (2) Variable exógena o independiente sobre la que se tiene la hipótesis de que tiene una fuerte relación con la variable dependiente. Estas variables pretenden explicar la variable dependiente mediante el modelo econométrico.
- (3) Variable exógena o independiente sobre la que se tiene la hipótesis de que tiene relación con la variable dependiente. Estas variables pretenden explicar la variable dependiente mediante el modelo econométrico.
- (4) Variable exógena o independiente sobre la que se tiene la hipótesis de que tiene relación con la variable dependiente y que podría estar ya incluida en otra variable independiente, por lo que solo se tiene en cuenta a efectos de analizar su influencia. Estas variables pretenden explicar la variable dependiente mediante el modelo econométrico.
- (5) Variable exógena o independiente directamente relacionada con la infracción. No se utilizaría para la elaboración del modelo sino únicamente a efectos de confirmar la hipótesis de que la infracción ha tenido influencia en la formación de precios durante el periodo de duración de la misma.

1.1.6. El perito plantea una ecuación para fijar el escenario sin infracción que hace referencia únicamente a las variables con una fuerte relación con la formación de precios y a cada fabricante. También se hace referencia al tiempo.

1.1.6. Añade el perito que para cada fabricante se han estudiado por medio del método de los mínimos cuadrados 10 modelos econométricos lineales, 10 modelos econométricos no lineales, los cuales se han linealizado para su estudio. Las diferencias entre unos modelos y otros radica en las variables incluidas en el modelo. Todos estos modelos econométricos se han calculado en diferentes periodos temporales para comprobar que ofrecen resultados similares independientemente de los datos utilizados para su cálculo. A efectos del estudio, se han utilizado cuatro periodos distintos:

- Un periodo incluyendo únicamente datos durante el cártel.
- Un periodo incluyendo datos durante el cártel y fuera del mismo.
- Un periodo incluyendo datos fuera del cártel.
- Un periodo incluyendo datos posteriores al cártel.

En la totalidad de los modelos, independientemente de la combinación de variables utilizadas, se ha podido constatar que:

- Cuando el modelo se calcula con datos fuera del cártel, este presentaba una mejor correlación.
- Cuando además de datos fuera del cártel se utilizan datos durante el mismo, el modelo presenta una peor correlación.
- Cuando se utilizan únicamente datos durante el cártel la correlación es mucho más baja que cuando se utilizan datos fuera del cártel.

2. Crítica de KPMG al informe pericial de la demandante

Los peritos consideran que el procedimiento empleado por el perito de la demandante no es válido porque está basado en una aproximación carente de una hipótesis razonable y sin soporte técnico.

2.1. La aproximación que denomina "diferencia en la diferencia" no es válida para la estimación del sobreprecio.

2.1.1. El informe no ofrece suficiente información respecto de las técnicas, las variables de su modelo econométrico y los datos finalmente empleados: (i) no presenta información ni sobre el número de observaciones ni sobre el periodo de análisis. No indica el periodo de inicio y final para el cual recopila los datos; (ii) el perito dice obtener algunas variables de KM77 pero no especifica qué marcas, modelos y variables está seleccionando, y KM77 tiene información de más de 120 marcas (figura 38 del informe). Y dentro de cada marca existen distintos modelos, incluyendo los descatalogados que no se comercializan (Citröen tiene 38 modelos, hasta 132 versiones y hasta 85 acabados; figuras 39 y 40); (iii) no indica el modelo econométrico que específicamente usa, sólo ecuaciones generales, ni los datos que emplea en el mismo. Ello impide saber qué variables ha empleado para determinar cómo debería haberse comportado el IPC vehículos en España en ausencia de infracción. Tampoco especifica en estos modelos las concretas referencias diacrónicas; (iv) tampoco presenta resultado alguno de las estimaciones de su análisis de regresión. Solamente presenta unas tablas (páginas 79, 80 y 82) en las que no reporta resultado alguno, únicamente se presenta el coeficiente de correlación R2 ajustado (figura 43 del informe de KPMG). Pero el R2 es insuficiente para evaluar los resultados del análisis econométrico y es contrario a lo establecido en este tipo de análisis para evaluar su validez y razonabilidad de los resultados, pues debe presentarse: el número de observaciones empleadas; los resultados de los coeficientes y la significancia estadística de los mismos. Concluyen los peritos que el perito de la demandante no explica cómo llega al escenario contrafactual.

2.1.2. La utilización de la variable independiente "IPCveh Eurozona" generaría problemas de endogeneidad con su variable dependiente "IPCveh España": (i) existe alta correlación entre ambas variables, concretamente 0,9752 según el coeficiente R2 en la ecuación. Supone ello que el resto de las variables en los varios modelos desarrollados serán redundantes y no significativas; (ii) Además hay una relación de bidireccional en la regresión porque el IPCveh España influye y es influenciado por el IPCveh Eurozona simultáneamente. Hay por ello un problema de endogeneidad, que conlleva que los estimadores sean sesgados e inconsistentes.

2.1.3. La diferencia entre los IPC veh. España y de la Zona Euro durante la infracción puede ser fruto de multitud de cuestiones económicas, no pudiendo atribuirse, sin más, a la infracción. El perito compara el valor de la correlación (coeficiente) en dos periodos sin infracción (en torno al 0,9), sin especificar a qué periodos se refiere, y lo contrasta con el valor de un periodo durante la infracción (0,08), sin detallar a qué periodo concreto se refiere. A partir de ello, el perito afirma que el cártel tuvo una influencia en la fijación de precios. Pero la diferencia puede ser fruto de la influencia de factores económicos que influyen de forma distinta en España con respecto a la zona Euro (actividad económica). Además, la Eurozona no puede ser considerado un mercado comparable. Los 19 países que componen este escenario sin infracción tienen economías, preferencias y

mercados distintos, y el perito de la demandante no controla por tales diferencias. El perito no presenta evidencia alguna de que el mercado español de coches nuevos sea comparable al de otros países.

2.1.4. No usa precios de transacciones. El perito no aclara de qué datos dispone y tampoco cómo los ha empleado en el análisis. Tampoco proporciona información sobre cuál es la serie concreta del IPC vehículos que ha empleado. Y este índice no permite distinguir para todo el periodo de referencia la diferencia entre vehículos a motor nuevos y usados, por lo que el índice empleado no sólo incluiría la evolución del índice de precios a motor nuevos, sino el de otro tipo de vehículos (usados), así como los gastos asociados a su compra.

2.1.5. KPMG llama la atención sobre el hecho de que el perito de la demandante calcule un sobreprecio diferencial para cada marca, ya que no explica ni relaciona los datos de fuentes de revistas sectoriales que afirma ha utilizado, y tampoco las fórmulas y cálculos que ha empleado para llegar al sobreprecio.

2.1.6. La evolución del IPC de automóviles no muestra evidencia de sobreprecio.

2.2. La aproximación que se denomina ARIMAX tampoco es válida. Este modelo no se utiliza para estimar un sobreprecio sino para estimar y predecir series temporales. Estos modelos utilizan un amplio conjunto de datos históricos de las series temporales, en combinación con un conjunto de análisis estadísticos, para hacer predicciones hacia el futuro basándose en los valores pasados de la misma serie. La aproximación del perito consiste en predecir los valores de las series de matriculaciones en España en el periodo de la infracción a través de la técnica ARIMA y considerar que dichos valores predichos de matriculaciones serían el escenario contrafactual.

2.2.1. Dado que utiliza dicha aproximación para predecir los valores de las series de matriculaciones en España en el periodo de la infracción, se observa que no emplea los precios del mercado afectado. Tampoco tiene en cuenta los demás factores que inciden sobre la evolución de las matriculaciones (evolución económica o cualquier factor del mercado).

2.2.2. Los resultados evidencian la ausencia de sentido y arbitrariedad en la estimación del sobreprecio. El perito concluye que las matriculaciones en España durante la infracción disminuyeron en un 23% y que este "exceso en la caída de las ventas" se debería únicamente a la infracción, ignorando la crisis económica de 2008.

2.2.3. La aplicación de esta técnica adolece de falta de claridad en cuanto a los datos empleados y los procedimientos realmente seguidos para obtener el resultado. El perito fija un sobrecoste del 18,8% sin especificar cómo obtiene el mismo. Tampoco se detalla cómo estima el perito los precios contrafactual, máxime cuando hasta el momento se había limitado a predecir los valores de la serie de matriculaciones y el exceso de caída de ventas.

2.3. Los modelos ARIMA y ARIMAX no son válidos.

2.3.1. El perito no tiene en cuenta que se requiere una muestra suficientemente amplia de datos históricos de las series empleadas para estimar un modelo ARIMA. Ello porque las estimaciones de los modelos requieren contar con suficiente número de eventos o datos pasados para obtener conclusiones consistentes y evaluar la robustez de los resultados. Una muestra de observaciones pequeña no es suficiente.

2.3.2. Además, es necesario especificar los tres parámetros que lo conforman lo que decide las estimaciones que se realizan. Para especificar correctamente tales parámetros se tiene que cumplir una serie de requisitos y seguir un cierto número de etapas, tales como: (i) la realización de una prueba de estacionariedad de la serie y, si es necesario, su consecuente transformación, de manera a obtener el parámetro d ; (ii) determinar el grado del modelo autorregresivo (AR) a través de la observación de un gráfico de Autocorrelación Parcial (PACF); (iii) identificar el grado del modelo de media móvil (MA) a través de un correlograma.

2.3.3. El perito no ha considerado ninguno de los aspectos: (i) utiliza datos anuales de las ventas de vehículos y del IPC veh en España solamente para el periodo entre 2006 y 2013, empleando un total de 7 observaciones; (ii) el perito se limita a mencionar los varios modelos ARIMA y a interpretar los resultados de sus estimaciones, sin entrar en detalle sobre el procedimiento por detrás de la elección de cada uno de sus parámetros. El perito asume erróneamente los parámetros del orden del modelo autorregresivo (AR) y del orden del modelo de la media móvil (MA), y no justifica el fundamento de sus selecciones.

2.3.4. Los peritos de KPMG afirman haber analizados las series empleadas y especificado los modelos ARIMA más ajustados, utilizando 7 observaciones como ha hecho el perito, por lo que las estimaciones no son válidas y son sesgadas dado el limitado número de observaciones.

Al observar la serie de ventas de vehículos en España entre 2006 y 2013 (figura 44) es posible comprobar que no se puede clasificar como estacionaria, pues no se presenta estable a lo largo de la muestra seleccionada.



Respecto a la autocorrelación parcial y correlogramas, la escasez de observaciones impide obtener resultados adecuados (figuras 45 y 46).

2.3.5. Añaden que, no obstante, a partir del análisis efectuado se podrían identificar posibles valores para los parámetros, que el perito de la demandante no incluye dentro de ninguna de sus especificaciones.

2.4. El método denominado "comparativo geográfico" (Irlanda) tampoco es válido.

El perito compara el IPC veh de ambos países sin ningún otro factor adicional. El propio perito admite que " esta comparación, por su simplicidad no puede ni debe ser tomada como una estimación fidedigna del sobrecoste ocasionado por la infracción".

Tras diversas consideraciones, concluyen los peritos que la réplica del análisis del perito con otros países llevaría a obtener sobrepuestos en países en los que no existió infracción. Afirman que el perito de la demandante no explica por qué mercados como Grecia, donde también cayeron las ventas y del que sí presenta información, el IPC de vehículos disminuyó menos que en Irlanda, mercado elegido. Y el IPC en Francia, Alemania o Portugal fue más similar al de España.

2.5. En el juicio, el perito D. Arcadio ratificó el informe y, resumidamente, afirmó que el informe del demandante ocultaba datos y que resultaba imposible saber cómo había alcanzados sus resultados.

3. Valoración

3.1. La juzgadora comparte las críticas que KPMG ha realizado del informe. No obstante, tal crítica no puede conducir a la desestimación de la demanda. Así lo ha establecido la Sección 32ª de la Audiencia Provincial de Madrid, superior criterio que esta juzgadora va a asumir, en la sentencia antes citada núm. 33/2023, de 21 de julio.

3.2. En efecto, razona la Audiencia en los fundamentos de derecho sexto y séptimo (énfasis añadido):

"SEXTO.- No obstante, que el dictamen pericial presentado por la parte demandante para tratar de cuantificar el daño presentase deficiencias relevantes no implicaba que la demanda mereciese ser desestimada en su integridad. Constituye un principio general del Derecho de la competencia que cualquier persona tiene derecho a solicitar la reparación del perjuicio que le haya irrogado un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la competencia (sentencias del Tribunal de Justicia (UE) de 20 de septiembre de 2001, caso Courage, asunto C-453/99, y de 13 de julio de 2006, caso Manfredi, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04). La cuantificación del perjuicio en asuntos de competencia está, por su propia naturaleza, sujeta a limitaciones considerables en cuanto al grado de certeza y precisión que puede esperarse. Las disposiciones nacionales aplicables y su interpretación deben reflejar estas limitaciones inherentes en la cuantificación del daño en demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 y 102 TFUE de acuerdo con el principio de efectividad del Derecho de la UE. En consecuencia, no es posible desestimar la demanda por el hecho de que se considere que el informe pericial aportado por la parte demandante no resulte óptimo o suficientemente preciso para determinar el sobreprecio sufrido por la parte demandante, es decir, que presentase carencias de diverso tipo (amplitud o alcance de la muestra, variables aplicadas, método empleado, etc.). En el contexto en el que la parte actora ha tratado, con más o menos fortuna en la elección del perito, de realizar un cierto esfuerzo para alcanzar un estándar mínimo de prueba sobre el específico daño sufrido y su alcance cuantitativo, resulta factible acudir, no solo bajo el amparo de la Directiva de Daños sino también con la cobertura del Derecho nacional, al empleo de las facultades estimatorias del daño producido por parte del juez o tribunal sentenciador que, sobre la base de la aproximación efectuada en el informe pericial aportado por la parte demandante, permitiera corregir sus posibles deficiencias. Es más, la sentencia del TJUE de 22 de junio de 2022 (asunto C-267/20) ha venido a aclarar que la facultad judicial de estimación del daño (artículo 17, apartado primero, de la Directiva 2014/104) constituye una disposición procesal que resulta aplicable a las acciones de daños que, aunque se refiriesen a una infracción del Derecho de la competencia finalizada con anterioridad, hubieran sido ejercitadas tras su entrada en vigor. La estimación judicial del daño presupone que el órgano jurisdiccional nacional haya comprobado que se ha acreditado la existencia de perjuicio y que resulta prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlo con precisión, tomando en consideración el conjunto de los parámetros que llevan a tal conclusión, cuando ello no se deba a un problema creado por la mera inactividad de la parte demandante (sentencia del Tribunal de Justicia -TJUE- de 16 de febrero de 2023, asunto C-312/21).

La sentencia del Tribunal de Justicia (UE) de 22 de junio de 2022, asunto C-267/20, remarca, con respecto a la disposición del artículo 17.1 de la Directiva, que debe garantizarse la efectividad de las acciones por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia, "en particular en aquellas situaciones en las que sería prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar con precisión el importe exacto del daño sufrido". De ahí que subraye que el objeto de esa norma es el de "flexibilizar el nivel de prueba exigido para determinar



el importe del perjuicio sufrido y subsanar la asimetría de información existente en detrimento de la parte demandante afectada, así como las dificultades derivadas del hecho de que la cuantificación del perjuicio sufrido requiere evaluar cómo habría evolucionado el mercado de referencia si no se hubiera producido la infracción". Esas son las claves por las que se confiere a los órganos jurisdiccionales nacionales "una facultad particular en el marco de los litigios relativos a acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia". En esa línea doctrinal deben ser entendidos los pronunciamientos recogidos en la sentencia del Tribunal de Justicia (UE) de 16 de febrero de 2023, asunto C-312/21, que indican que el tribunal nacional, al resolver un litigio en concreto, no debería acudir a la estimación judicial del daño, como facultad del tribunal, si la parte actora no hubiese realizado un esfuerzo propio para la presentación de prueba sobre la cuantificación de aquél que revelase las particulares dificultades para lograr una liquidación siquiera aproximativa de la suma dineraria en la que se habría traducido. Desde esa perspectiva, que ha de partir de la calificación jurídica de la parte actora como precisamente perjudicada por el acto anticoncurrencial, el órgano judicial nacional debe tomar en consideración todos los elementos pertinentes que evidencien el grado de esfuerzo efectuado por la parte perjudicada por el cártel. Entre ellos se encuentra, como uno más de los posibles y no como una exigencia de carácter inexorable, haber acudido previamente a las diligencias de acceso a las fuentes de la prueba, porque se trata de una alternativa que está prevista normativamente y que el TJUE pone, además, en valor en la referida sentencia. Pero no solo por esa vía puede revelarse que se ha desplegado el esfuerzo preciso para tratar de cuantificar el daño padecido, ni para que le quede de manifiesto al juzgador la dificultad para poder fijar una liquidación certera de su importe (que podría plantearse incluso habiendo acudido a la previa diligencia de exhibición). A esa conclusión puede también llegarse apreciando al completo el desempeño probatorio puesto de manifiesto por la parte interesada con ese fin y la información vertida en el procedimiento (el conjunto de parámetros con incidencia en ello en palabras del TJUE).

La reciente jurisprudencia se ha mostrado además muy flexible con el establecimiento del estándar mínimo de prueba preciso para abrir la puerta al empleo por el juzgador de la solución jurídica consistente en una realización de pura estimación judicial del daño, llegando a admitir que incluso dictámenes meramente estadísticos puedan resultar suficientes en estos casos de los cárteles para cumplir con la carga que incumbe al demandante de efectuar un esfuerzo para tratar de cuantificar el daño que, de por sí, es muy difícil de concretar en una cifra determinada. Así se refleja en las sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo nº 924/2023, de 12 de junio, 925/2023, de 12 de junio, 927/2023 de 12 de junio y 940/2023, de 13 de junio donde se señala que deben tenerse presentes las dificultades que suscitan el enfrentarse a un cártel de extensa duración, de ámbito geográfico amplio y con singularidad en los productos afectados, lo que puede hacer en la práctica muy difícil realizar un análisis de comparación u otros métodos basados en costes y análisis financieros. La jurisprudencia subraya que en esa clase de casos "las propias características de este cártel contribuyen a considerar que, en este caso, la falta de idoneidad del informe presentado por el demandante para cuantificar el sobreprecio no supone una inactividad que impida la estimación judicial". Y advierte que se produce en estos casos una clara desproporción en la situación de los litigantes que convertiría en claramente antieconómica la reclamación judicial del demandante si se es excesivamente riguroso en la exigencia de un estándar de prueba.

El informe pericial aportado por la parte actora resultaba sumamente criticable. Pero las deficiencias en el dictamen esgrimido por la reclamante, que impedían, comprendemos perfectamente el brete, la asunción por la juzgadora de sus conclusiones finales, no resultaban suficientes, a la luz de los criterios señalados por la muy reciente jurisprudencia, para dejar de señalar una indemnización en favor del afectado por un cártel de las características que hemos descrito. La extracción de un valor concreto para la repercusión de un cártel como el de los fabricantes de coches en el caso concreto del demandante resultaba francamente dificultosa y, en cualquiera de las posibilidades imaginables opinable, fuera cual fuese el criterio y escenario hipotético que se utilizara para tratar de asignarle una cifra concreta al perjuicio sufrido. En consecuencia, aunque no pudiera hacer suya la valoración del sobrecoste en los términos que se pretendían por la actora, no se justificaba, a la luz del nuevo enfoque jurisprudencial, que dejara de abrirse por el juzgador la puerta a la estimación judicial del daño como la solución adecuada para el presente litigio ante las dificultades que hemos podido constatar que se presentaban en este ámbito para desentrañar cuál pudo ser el importe concreto del sobreprecio soportado.

SÉPTIMO .- El daño emergente que producen los cárteles consiste, en su manifestación más clara, aunque puede haber otros componentes adicionales, en el sobrecoste pagado por los productos cartelizados, que habrían resultado más baratos en condiciones de efectiva competencia. Tratar de efectuar una estimación judicial de ese impacto perjudicial constituye un auténtico desafío. No podemos abandonarnos para ello simplemente a los datos que resultan de estudios estadísticos que no se pliegan al cártel concreto que aquí nos ocupa y que solo nos proporcionan una referencia genérica al respecto, tales como los que resultan de los trabajos publicados en el ámbito institucional sobre la incidencia de los cárteles, significadamente el Informe OXERA ("Quantifying antitrust damages"), que fue elaborado por consultores externos para la Comisión



Europea en el año 2009, donde se identificaba una oscilación del sobreprecio mediante el establecimiento de horquillas de rangos porcentuales.

Nos situamos, por lo tanto, ante el trance de procurar que el menoscabo patrimonial padecido por el perjudicado por el cártel no quede sin el adecuado resarcimiento en asuntos de la índole del que aquí nos ocupa. Hay que responder a la problemática de la cuantificación del sobreprecio en los casos en los que, pese a los esfuerzos dedicados por la parte actora para atender el estándar mínimo probatorio exigible en este tipo de casos, el resultado ofrecido no resultase plenamente asumible por el órgano judicial a causa de la detección de determinadas carencias o errores metodológicos en la prueba técnica que debía proporcionar soporte a la reclamación. Con el designio de tratar de ofrecer seguridad jurídica en el seno de la polémica para cuantificar adecuadamente el daño que admitimos que necesariamente fue ocasionado, nos sumamos al criterio, ya sustentado en significativos precedentes en el seno de la sección 28ª de la AP de Madrid y sostenido también en las sentencias nº 2/2023, de 28 de abril, y 3/2023, de 19 de mayo, ambas de la sección 32ª de la AP de Madrid, de que, a falta de otra posibilidad más idónea, lo procedente es establecer de forma estimativa una cantidad razonable y ponderada a los efectos de identificar un sobreprecio aproximado que, en ausencia de mejores pruebas que pudieran revelar lo contrario, podía servir para superar esta clase de breves. *Y de forma prudencial, que es coherente además con la información obrante en el expediente, estimamos que puede cifrarse el perjuicio generado por efecto del cártel en un mínimo del 5% sobre el precio de adquisición. Ello supone una solución bastante prudente para la materialización de la estimación judicial del daño, que acude a un porcentaje muy moderado para huir del riesgo de incurrir en el exceso al realizar una evaluación meramente estimativa y que asegura que, cuando menos, la parte demandante pueda cubrir, en todo caso, un mínimo que compense el incremento de precio que hemos considerado que debió soportar. Ese mínimo ha sido respaldado también por la jurisprudencia más reciente, aunque a propósito de otra operativa anticoncurrencial distinta, referida al cártel de los camiones (sentencias de la Sala 1ª del TS, números 923/2023, 924/2023, 925/2023, 926/2023, 927/2023 y 928/2023, de 12 de junio; 939 /2023, 940/2023, 941/2023 y 942/2023, de 13 de junio; y 946/2023, 947/2023, 948/2023, 949/2023 y 950/2023, de 14 de junio).*

Al hacer uso de la facultad de estimación para cuantificar el daño no aspiramos a suplir la labor técnica propia de un perito, cuando en este litigio los expertos no nos han proporcionado los mimbres precisos para realizar aquella tarea. Precisamente, es el trance que se ha suscitado, porque los dictámenes periciales que han sido mostrados en este pleito han fracasado en su propósito de ofrecernos un soporte económico para poder fundar con la debida solidez científica una cifra indemnizatoria concreta, lo que provoca que no tengamos otra solución que proceder a la cuantificación mediante la técnica de la mera estimación. Ante ese aprieto, el juez no puede ni debe elaborar una pericial propia, porque no tiene por qué disponer, per se, de los conocimientos económicos y matemáticos precisos para realizar tal labor (artículo 335 de la LEC), sino simplemente procurar que el perjudicado quede resarcido en una medida razonable, haciendo uso de la facultad estimativa que le viene asignada por la ley para fijar la indemnización. Así se desbloquea la protección que merece aquél, puesto que se le está permitiendo percibir, por lo menos, el equivalente al daño que, como mínimo, debe habersele producido dadas las características del cártel que le ha afectado. Con lo que se garantiza la satisfacción de su derecho a la indemnización en unos términos bastante juiciosos.

La aplicación de un 5 % sobre el precio de compra, y en este caso además sobre el coste de los servicios posventa, que ha sido reclamado en consonancia con el efecto atribuido a la conducta anticompetitiva, que vamos a tomar como referencia de partida para el cálculo del perjuicio ocasionado por el cártel, conlleva en el caso que aquí nos ocupa la moderación a la baja del porcentaje más elevado que se pedía en la demanda, con lo que nos mantenemos dentro de los límites del principio procesal de congruencia (artículos 216, 218.1 y 465.5 de la LEC). Implica una reducción de la indemnización solicitada, con lo que vamos a acoger, aunque lo sea solo en parte, ya que en lo más cabe lo menos, el recurso de la parte actora".

3.3. La aplicación del criterio expuesto, que es también el asumido por esta juzgadora en los supuestos en los que ha acudido a sus facultades estimativas, supone estimar el daño en un **5%** del precio de adquisición del vehículo, excluidos impuestos y tasas.

X. INTERESES

1. La demandada abonará el interés legal desde la fecha de la compra del vehículo.

2. Ello de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo, entre otras la **STS nº 925/2023, de 12 de junio** , que resuelve un procedimiento en el que los vehículos se adquirieron en virtud de arrendamiento financiero.

El Tribunal Supremo argumenta en el siguiente sentido:

"OCTAVO . - *Motivo quinto del recurso de casación: comienzo del devengo de los intereses*



1 .- *Planteamiento*. El motivo denuncia la infracción del *art. 1108 CC* , en relación con el *art. 1101 CC* , y de la jurisprudencia que los interpreta en cuanto se refiere a la fijación del *dies a quo* para el inicio del cómputo del devengo de los intereses legales.

El motivo impugna la decisión de la Audiencia de fijar como fecha de inicio del cómputo de los intereses legales la fecha de adquisición de los vehículos. Argumenta que no procede ningún interés moratorio porque lo impide la regla *in illiquidis non fit mora* y que, en todo caso, de proceder la condena al pago de intereses, tratándose de una acción de indemnización, los intereses deben devengarse desde la fecha de presentación de la demanda y no desde la fecha de la compra del camión.

2 .- *Resolución de la Sala*. Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

El *art. 3 de la Directiva 2014/104/UE* respecto del derecho al pleno resarcimiento:

"1. Los Estados miembros velarán por que cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia pueda reclamar y obtener pleno resarcimiento de dicho perjuicio.

"2. El pleno resarcimiento deberá 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. Por tanto, dicho resarcimiento abarcará el derecho a indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses.

"3. El pleno resarcimiento con arreglo a la presente Directiva no conllevará una sobrecompensación, bien mediante indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo".

Aunque la Directiva no resulte aplicable por razones temporales, su *art. 3* confirma una jurisprudencia previa y, por tanto, aplicable a la acción ejercitada, como expresa el apartado 35 de la *sentencia del TJUE de 16 de febrero de 2023, asunto C-312/21* (ECLI: EU:C:2023:99):

"Así, al recordar, en el *artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2014/104* , la obligación de los Estados miembros de velar por que cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia pueda reclamar y obtener pleno resarcimiento de dicho perjuicio y al definir este concepto, en el *artículo 3, apartado 2, de esa Directiva*, como el derecho a indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses, el legislador de la Unión quiso confirmar la jurisprudencia existente, como se desprende del considerando 12 de dicha Directiva, de modo que las medidas nacionales de transposición de esas disposiciones se aplican necesariamente con efecto inmediato al conjunto de las acciones por daños que estén comprendidas en el ámbito de aplicación de la misma Directiva, como lo corrobora el *artículo 22, apartado 2, de esta*".

La jurisprudencia del TJUE, al aplicar la norma de los tratados constitutivos que actualmente se encuentra en el *art. 101 TFU*, venía declarando que la reparación íntegra del quebranto patrimonial causado por una conducta infractora del Derecho de la competencia exige el pago de intereses al perjudicado. Así, la *sentencia del TJUE de 13 de julio de 2006, caso Manfredi*, asuntos acumulados C-295/04 a 298/04 (ECLI: EU:C:2006:461), apartados 95 y 97, declara:

"95 Por otra parte, en virtud del principio de efectividad y del derecho de toda persona 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 no sólo deben poder solicitar reparación del daño emergente, sino también del lucro cesante, así como el pago de intereses. [...]

"97 En cuanto al pago de intereses, el Tribunal de Justicia recordó en el apartado 31 de su *sentencia de 2 de agosto de 1993, Marshall (C-271/91* , Rec. p. I-4367) que su concesión, según las normas nacionales aplicables, constituye un elemento indispensable de la indemnización".

3 .- En este sentido es muy significativo que el apartado 20 de la Guía práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los *artículos 101 o 102 TFUE* , que acompaña a la Comunicación de la Comisión, se exprese en el siguiente sentido:

"La adición de intereses también deberá tenerse en cuenta. La concesión de intereses constituye un elemento indispensable de la reparación. Como ha destacado el Tribunal de Justicia, la reparación íntegra del perjuicio sufrido debe incluir la reparación de los efectos adversos ocasionados por el lapso de tiempo transcurrido desde que se produjo el perjuicio causado por la infracción (18 Asunto C-271/, Marshall, Rec. 1993, p. I-4367, apartado 31. asuntos acumulados C- 295/04 a C-298/04 , Manfredi, Rec. 2006, p. I-6619, apartado 97; Comisión Europea, Libro blanco sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia (COM (2008) 165), sección 2.5 y el documento de trabajo de los servicios de



la Comisión que lo acompaña (SEC (2008) 404), apartado 187). Estos efectos son la depreciación monetaria (19 Asunto C-308/87, Grifoni II, Rec. 1994, p I-341, apartado 40. Conclusiones del Abogado General Tesauró en el asunto C-308/87, Grifoni II, Rec. 1994, p I-341, apartado 25; asuntos acumulados C-104/89 y C-37/00, Mulder y otros/Consejo y Comisión, Rec. 2000, p. I-203, apartado 51. En lo referente a la pérdida del poder adquisitivo, véanse los asuntos acumulados T-17/, T-21/89 y T-25/89, Brazzelli Lualdi, Rec. 1992, p. II-293, apartado 40) y la oportunidad perdida para la parte perjudicada de tener el capital a su disposición (20 Véanse las Conclusiones del Abogado General Saggio en los asuntos acumulados C-104/89 y C-37/00, Mulder y otros/Consejo y Comisión, Rec. 2000, p. I-203, apartado 105). La legislación nacional debe tener en cuenta estos efectos como interés legal u otras formas de interés, siempre que se ajusten a los principios de efectividad y de equivalencia antes citados".

Y así lo recoge también el considerando 12 de la Directiva.

4.- La sentencia recurrida es conforme con esta jurisprudencia cuando condena a la demandada al pago de los intereses legales de la indemnización desde la fecha de la producción del daño (fecha de la compra del camión con sobreprecio).

No se trata, por tanto, de una indemnización por mora, basada en los arts. 1101 y 1108 CC, sino de una medida destinada a que el resarcimiento del daño sufrido por la víctima de la conducta infractora del Derecho de la competencia sea pleno, contrarrestando el efecto del transcurso del tiempo entre el momento de la producción del daño y el momento en que se acuerda la reparación de dicho daño. Es una exigencia derivada del art. 101 TFUE, en la interpretación que le ha dado la jurisprudencia del TJUE.

5.- Al considerar que procede el pago de intereses de la indemnización desde el momento en que se produjo el daño (el pago del precio del camión) porque es una medida necesaria para que el resarcimiento sea pleno, y no porque se ha producido una mora en el pago, deviene irrelevante la objeción derivada de la máxima *in illiquidis non fit mora*".

3. El expuesto es también el criterio de la **Sección 32ª de la Audiencia Provincial de Madrid (sentencia núm. 33/2023, de 21 de julio)**.

4. El interés legal se incrementará en dos puntos desde la fecha de la sentencia hasta el completo pago (art. 576 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

XI. COSTAS

Estimada parcialmente la demanda, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad (art. 394.2 LEC).

FALLO

ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda formulada por el procurador D. Gonzalo Bernal García, en nombre y representación de D. Landelino, frente a AUTOMÓVILES CITROËN ESPAÑA, S.A. (actualmente PSAG AUTOMÓVILES COMERCIAL ESPAÑA. S.A.), y así:

1. **Condenar** a la demandada a abonar al demandante el **cinco por ciento (5%) del precio de adquisición (excluidos impuestos y tasas)** del vehículo objeto del procedimiento.

2. La cantidad resultante **se actualizará conforme al interés legal del dinero desde la fecha de la compra del vehículo**.

El interés legal se incrementará en dos puntos desde la fecha de la sentencia hasta el completo pago,

3. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de APELACIÓN en el plazo de VEINTE DIAS, ante este Juzgado, para su resolución por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid (artículos 458 y siguientes de la L.E.Civil), previa constitución de un depósito de 50 euros, en la cuenta 2229-0000-03-0239-22 de este Órgano.

Si las cantidades van a ser ingresadas por transferencia bancaria, deberá ingresarlas en la cuenta número IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, indicando en el campo beneficiario **Juzgado de lo Mercantil nº 04 de Madrid**, y en el campo observaciones o concepto se consignarán los siguientes dígitos 2229-0000-03-0239-22

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

El/la Juez/Magistrado/a Juez



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

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ