

Roj: **SAP Z 1635/2023 - ECLI:ES:APZ:2023:1635**Id Cendoj: **50297370052023100312**Órgano: **Audiencia Provincial**Sede: **Zaragoza**Sección: **5**Fecha: **01/09/2023**Nº de Recurso: **139/2023**Nº de Resolución: **345/2023**Procedimiento: **Recurso de apelación**Ponente: **MANUEL DANIEL DIEGO DIAGO**Tipo de Resolución: **Sentencia****SENTENCIA núm 000345/2023**

Presidente

D. JUAN CARLOS FERNANDEZ LLORENTE

Magistrados

D. ALFONSO M<sup>a</sup> MARTÍNEZ ARESO

D. MANUEL DANIEL DIEGO DIAGO (Ponente)

En Zaragoza, a 01 de Septiembre del 2023

**En nombre de S.M. el Rey,**

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Quinta, de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA, los Autos de Juicio verbal (250.2) 0000119/2022 - 00, procedentes del JUZGADO DE LO MERCANTIL N° 1 DE ZARAGOZA, a los que ha correspondido el Rollo **RECURSO DE APELACION (LEC) 0000139/2023**, en los que aparece como parte *apelante* **D. Agapito**, representado por el Procurador de los tribunales D. CARLOS MANUEL MORENO PUEYO, y asistido por la Letrada Dña. MARTA LÁZARO OLIVÁN; y como parte *apelada*, **PEUGEOT CITROEN AUTOMOVILES ESPAÑA SA** representado por el Procurador de los tribunales, D. CARLOS BERDEJO GRACIAN y asistido por el Letrado D. JON AURREKOETXEA GARAI; siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. MANUEL DANIEL DIEGO DIAGO.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Se aceptan los de la **sentencia** apelada de fecha 01 de marzo del 2023, cuyo FALLO es del tenor literal:

"Que desestimando la demanda interpuesta por Agapito contra Automóviles Citroen España SA (hoy PSAG Automóviles Comercial España SA) debo absolver y absuelvo a la parte demandada de los pedimentos de la parte actora. Todo ello sin hacer expresa condena en costas."

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

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

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

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

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



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los de la sentencia recurrida que se oponen a los de la presente resolución

**PRIMERO.** - Por D. Agapito , se interpuso, contra AUTOMÓVILES CITROËN ESPAÑA S.A., demanda interesando la condena a la demandada a indemnizar a la demandante en la cantidad de 3.817,59 €, más los intereses legales desde la fecha de adquisición del vehículo, procesales del 576 LEC y con expresa condena en costas.

Alegó:

- La actora adquirió (para uso particular, nunca profesional) el vehículo marca Citroën, modelo Grand C4 Picasso HDI 110 FAP SX, con matrícula .... MGX , en fecha 12 de marzo de 2010, solicitado y aceptado por Citroën, mediante Pedido de Vehículo Nuevo Citroën, de fecha 31 de diciembre de 2009, cuya copia adjunto como Documento N° DOS, a través del concesionario ARAMOVIL S.A. sito en Avenida Diagonal Plaza 3, 50197-Zaragoza.
- El pago del automóvil se realizó mediante financiación, contratada con Bansabadell Fincom E.F.C.S.A., por una cuantía de 22.194,00 euros, a pagar en un periodo de 72 meses, mediante contrato NUM000
- Ha conocido que en fecha 23 de Julio de 2015 la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictó Resolución en el Expediente NUM001 (Fabricantes de Automóviles) que impuso a la sociedad que aquí se demanda, y a otros fabricantes de automóviles, sanciones de multa como responsable de una conducta constitutiva de infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, por su participación en el cártel de intercambio de información confidencial, futura y estratégica en las áreas de gestión empresarial, postventa y marketing de automóviles desde febrero de 2006 hasta julio de 2013
- Que atendida la fecha de adquisición del vehículo el demandante se encuentra entre los afectados.
- Describe extremos relevantes de la Resolución, que fue recurrida, siendo desestimado su recurso contencioso-administrativos ante la Audiencia Nacional (sentencia de 19/12/2019) y posterior recurso de casación ante el Tribunal Supremo (sentencia de 20/4/2021).
- Se considera perjudicado por tales actos, pues el vehículo del que es propietario se encuentra entre los afectados, considerando que no pudo beneficiarse de descuentos o de mejores condiciones comerciales que hubieran existido de no aplicarse los acuerdos, pagando un precio superior al que, en un contexto de libre competencia, hubiera pagado. Aporta Informe Pericial.
- Reitera su cualidad de consumidor.
- Que no ha sido posible acuerdo extrajudicial.

La demandada se opuso a la demanda y alegó:

- Sobre la Resolución de la CNMC:

\* No estamos ante un Cartel puro de fijación de precios o de reparto de mercado. Los Intercambios de Información tuvieron lugar en el mercado mayorista y no incluyeron información sobre precios de venta al público, por lo que no es posible presumir o dar por hecho que provocaron un sobreprecio en la concreta compra del Vehículo objeto de este procedimiento.

\* La propia CNMC concluye que los Intercambios de Información habrían provocado únicamente "una disminución de la incertidumbre" "con aptitud para determinar su comportamiento en el mercado", con principal efecto en el mercado mayorista postventa, no en el minorista de venta de vehículos.

\* La Resolución sanciona una infracción por objeto, lo que conlleva que la CNMC no analizase si los Intercambios de Información habrían tenido efectos en el mercado.

\* El Demandante -como comprador indirecto- está legalmente obligado a acreditar que (i) el concesionario pagó efectivamente un sobrecoste a mi representada; y (ii) ese sobrecoste le fue repercutido y en qué proporción.

- Incumbe a la demandante probar la existencia de daños y su cuantificación mediante la aportación de un informe pericial que cumpla los requisitos legales y doctrinales exigibles para este tipo de casos. El informe pericial: debe efectuar un informe contrafactual aplicado al caso concreto; debe basarse en hipótesis transparentes, razonables y técnicamente fundadas sobre datos contrastables; debe utilizar alguno de los métodos de cuantificación que establece la Guía Práctica de la Comisión y el Informe de la CNMC; debe analizar el posible impacto de distintas variables que pueden explicar o tener una incidencia sobre los precios en el mercado; no puede basarse en "meta-estudios" que analizan sobrecostes medios y genéricos de una muestra más o menos representativa de cárteles no comparables habidos en distintos mercados europeos.



- La demandante no ha cumplido con la carga de acreditar que los intercambios de información provocasen sobreprecio en la compra del vehículo del demandante en el mercado minorista y menos aún su cuantificación.
- Reitera que no es plausible que los Intercambios de Información provocaran que los adquirentes de vehículos en el mercado minorista acabaran pagando ningún sobrecoste.
- Anunció informe pericial.
- En la fundamentación jurídica opuso la excepción de prescripción de la acción del art. 1902 CC por transcurso de un año desde la publicación el 23/7/2015 de la resolución administrativa que declara la existencia del ilícito antitrust.

La sentencia de instancia desestimó la demanda por apreciar que la acción estaba prescrita.

La demandante interpuso recurso de apelación:

- Fue motivo del recurso error de derecho por ausencia de prescripción atendidos los términos del art. 1968 CC y del art. 74 de la Ley de Defensa de la Competencia en relación al art. 101 del TFUE tal y como ha sido interpretado por la sentencia del TJUE de 22 de junio de 2022, pues: las publicaciones de notas de prensa en los medios de comunicación no pueden determinar en general el comienzo del plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones de daños por los perjudicados; las resoluciones de la CNMC no son objeto de publicación en ningún diario oficial; no se le puede exigir a los ciudadanos en general un deber de diligencia que implique un seguimiento de las notas y comunicados de prensa relativos a determinados hechos, mucho menos se les puede exigir que entren a diario en todas las páginas web de todos los entes y organismos públicos para hacer un seguimiento de las decisiones que adoptan o de los expedientes que están tramitando; la demandada recurrió la Resolución. Cualquier dies a quo o día inicial para el cómputo del plazo de prescripción de la acción de daños, distinto a la fecha de la sentencia supondría hacer prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de esa acción para cualquier ciudadano medio; lo que, a su vez, supondría impedir en la práctica el ejercicio de un derecho reconocido en el Derecho de la Unión, como es el de obtener una indemnización por los daños derivados de una infracción del derecho de la competencia.

- Reiteró los argumentos de fondo.

La demandada se opuso al recurso.

#### **SEGUNDO. - Prescripción de la acción. Plazo prescriptivo y el dies a quo del cómputo de aquél.**

1.- La acción ejercitada que trae causa de un pronunciamiento sancionador, por vulneración de la normativa de la competencia, tiene su encaje en el art. 1902 del Código Civil, pues tal era la norma aplicable en el momento en que se desarrolló el cártel (2006 a 2013).

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

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

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

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

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

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

Así, los arts. 101 y 102 del TFUE producen efectos directos en las relaciones entre particulares, como "Derecho Originario" de la UE. Dicho tratado, que vio la luz con el Tratado de Lisboa de 2009, tiene efecto directo no como Derecho interno, sino como Derecho de la Unión, con el mismo régimen que un Tratado Internacional;

a diferencia de los Reglamentos que también tienen aplicación directa (como derecho derivado institucional), pero en su consideración de Derecho interno ( STJUE 20-9-2001, caso Courage, C453/99).

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

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

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

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

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

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

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

Más específicamente, en relación a la prescripción, la sentencia del Tribunal Supremo Civil sección 1 del 14 de junio de 2023 (ROJ: STS 2496/2023) argumentó:

"Recurso de casación. CUARTO. - Motivo primero de casación: plazo de prescripción de la acción indemnizatoria por prácticas colusorias; dies a quo del cómputo del plazo

1.- Planteamiento. El primer motivo de casación denuncia la vulneración de la doctrina jurisprudencial establecida por esta Sala Primera del Tribunal Supremo en las sentencias 528/2013, de 4 de septiembre de 2013, 399/2009, de 12 de junio de 2009, y 308/2010, de 25 de mayo de 2010, relativa a la determinación del dies a quo del plazo de prescripción anual establecido en art. 1968 CC en el caso de la acción de reclamación de daños por ilícitos (por ilícitos anticoncurrenciales, en el caso de la sentencia 528/2013, de 4 de febrero de 2013)...

...2.- Resolución de la sala. El motivo debe ser desestimado por las razones que exponemos a continuación.

2.1. 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.

2.2. No obstante, la Directiva 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 lo cual, ha de tenerse en cuenta que para resolver la cuestión relativa a 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) ...

...2.3. En la mencionada sentencia de 22 de junio de 2022, el TJUE consideró 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").

2.4. 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 intertemporal 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" (p. 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.

2.5. 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), en la medida en que el plazo de prescripción aplicable a esa acción en virtud de la regulación anterior no se había agotado antes de que expirara el plazo de transposición de la misma Directiva (27 de diciembre de 2016). El apartado 74 de la STJUE describe este supuesto como la situación que sigue surtiendo sus efectos después de que hubiese expirado el plazo de transposición de la Directiva (incluso después de la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2017, que transpone la Directiva).

Mutatis mutandis, se trata del mismo supuesto previsto en derecho nacional con carácter general en la disposición transitoria cuarta del Código Civil...

...2.7... el plazo de prescripción previsto en el artículo 74.1 LDC (aplicable a una situación jurídica que sigue surtiendo efectos) es de cinco años...

**4.-** Esto nos obliga a determinar si la acción aplicable seguía o no viva en el momento de su ejercicio. Es decir, si había prescrito antes de su ejercicio. Lo que, inevitablemente, conduce a fijar el día inicial del cómputo.

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

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

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

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

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

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

"1.- Aunque en un determinado momento esta sala consideró improcedente la alegación de cosa juzgada o de litispendencia respecto de litigios de otro orden jurisdiccional (por ejemplo, sentencias de 16 de octubre



de 1986 y 67/1998, de 6 de febrero, entre otras), más adelante ha matizado dicha doctrina, en línea con la jurisprudencia constitucional.

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

La sentencia del Tribunal Constitucional núm. 192/2009, de 28 de septiembre, fija la doctrina de dicho tribunal sobre este extremo, al declarar: Este Tribunal ha reiterado que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron no sólo es incompatible con el principio de seguridad jurídica ( art. 9.3 CE ), sino también con el derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE ), pues no resultan compatibles la efectividad de dicha tutela y la firmeza de los pronunciamientos judiciales contradictorios (por todas, STC 60/2008, de 26 de mayo, F. 9). Igualmente se ha destacado que en la realidad histórica relevante para el Derecho no puede admitirse que unos hechos existen y dejan de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen principios elementales de lógica jurídica y extrajurídica, salvo que la contradicción derive de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas (por todas, STC 109/2008, de 22 de septiembre [RTC 2008, 109], F. 3)."

Y concluye:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



5.- Tampoco podemos desconocer, por estimarlo esencial, cual fue la postura de la demandada frente a la resolución administrativa sancionadora, la cual debemos calificar como contradictoria con su pretensión actual de que se tenga la publicación de tal Resolución como la fecha de pleno conocimiento de los hechos a efectos de inicio del cómputo de la prescripción de la acción.

Frente a la resolución de fecha 23 de julio de 2015 dictada por el Consejo de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente NUM001 FABRICANTES DE AUTOMOVILES interpuso recurso contencioso administrativo que fue resuelto por sentencia de la Audiencia Nacional, Contencioso sección 6 del 19 de diciembre de 2019 (ROJ: SAN 5023/2019) en cuyo fundamento de derecho segundo constan las alegaciones de la recurrente y entre ellas:

2. Niega que pueda encuadrarse en un mismo mercado de producto la venta y la postventa de los vehículos.
3. Niega que los intercambios de información por los cuales se les ha sancionado puedan calificarse como infracción única y continuada que implica una conducta colusoria por el objeto constitutiva de cártel que englobaría, según la CNMC, tres comportamientos: Clubs de Marcas, Indicadores de Postventa y Jornadas de Constructores. Las recurrentes sostienen que la agrupación de esas tres iniciativas en una sola actuación concertada carece de justificación alguna. En este sentido, el recurrente sostiene que no concurre ninguno de los elementos indispensables para poder apreciar infracción única y continuada ni tampoco para poder apreciar un cártel de acuerdo con la definición recogida en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley de Defensa de la Competencia.
4. Niega que el intercambio de información sea de información comercialmente sensible, estratégica y de futuro. Al contrario, considera que los intercambios de información sancionados reunían las características de benchmarking como así resulta del informe pericial denominado "Análisis económico del intercambio de información entre marcas en el sector de los vehículos de motor" emitido por la entidad Compass Lexecon.
5. Impugna el método de establecimiento de la sanción económica por cuanto no se ha ajustado a los criterios recogidos en el artículo 64 de la Ley 15/2007 de acuerdo con la interpretación dada por el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 29 de enero de 2015. Entre los criterios que debían tenerse en cuenta y que entiende no se han seguido son (1) la determinación del mercado afectado y del mercado relevante y (2) la determinación del cálculo orientado a la determinación del posible beneficio ilícito.

Y frente a dicha sentencia interpuso recurso de casación que fue resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo, Contencioso sección 3 del 20 de abril de 2021 (ROJ: STS 1795/2021) en cuyo antecedente de hecho cuarto constan los motivos alegados por la recurrente y entre ellos:

1.- la sentencia confirma la errónea conclusión alcanzada por la CNMC, sobre la base de unos hechos claros y no controvertidos que no fueron rebatidos en la instancia, en concreto que Citroën y Peugeot junto con el resto de empresas sancionadas por la resolución, intercambiaron información comercial (benchmarking) con otras empresas fabricantes e importadoras de vehículos de motor en España. Y como se desprende de la sentencia recurrida (FD 8º), esta información no se refería a precios o cantidades futuras, sino a otras variables muy distintas como por ejemplo "el número y unidades de vehículos vendidos (nuevos y usados)", los "planes adoptados en la organización interna de la red de distribución" o las "estructuras organizativas del departamento de postventa".

2.- Infracción por la Sentencia recurrida de los arts. 1 y Disposición Adicional 4ª LDC y art. 101 TFUE, por su incorrecta interpretación. La sentencia se aparta de la doctrina que fija las exigencias para poder calificar como cártel una infracción por objeto, con especial referencia a los supuestos en los que, como aquí ocurre, la conducta analizada consiste en un intercambio de información. La sentencia realiza una interpretación expansiva de los preceptos infringidos que resulta contraria a los pronunciamientos judiciales y administrativos dictados en este ámbito.

Si la Sala de instancia hubiera realizado una correcta interpretación y aplicación de los arts. 1 LDC, D.A. 4ª LDC y 101 TFUE, bajo la perspectiva de la doctrina del TJUE relativa al análisis de los intercambios de información, habría llegado a la conclusión de que el mismo no puede ser calificado como una restricción por objeto constitutiva de cártel. Y ello porque las recurrentes consideran que la única información cuyo intercambio puede llegar a ser considerado como constitutivo de cártel es aquella referida a precios o cantidades futuras, incluyendo otras comunicaciones previas entre empresas relacionadas con la fijación futura de precios, lo que no ocurre en el presente caso, como ha quedado debidamente acreditado (sin que tampoco haya sido ni siquiera alegado de adverso la concurrencia de ninguna otra circunstancia para intentar justificar la eventual existencia de un cártel).

Y con tales motivos de recurso hemos de concluir que estaba en discusión judicial la esencia de "los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar", por lo que sin perjuicio



de la posibilidad de ejercitar la acción una vez conocida la Resolución sancionadora, asumiendo el riesgo de la inseguridad jurídica y de la desproporción de la capacidad económica entre los litigantes, a los efectos de articular medios de defensa (periciales) estimamos que no existía ni obligación de ejercicio desde el dictado de resolución sancionadora no firme, ni inicio del plazo prescriptivo.

Efectivamente la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia establecía en su artículo trece, titulado "otras responsabilidades y resarcimiento de daños y perjuicios":

1. Las sanciones a que se refiere la presente Ley se entenderán sin perjuicio de otras responsabilidades que en cada paso procedan.
2. La acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional. El régimen sustantivo y procesal de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios es el previsto en las leyes civiles.

La Ley de Defensa de la Competencia 15/2007 eliminó la exigencia de prejudicialidad administrativa contenida en la Ley 16/1989, en consonancia con lo dispuesto en el Reglamento 1/2003 sobre competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales para aplicar en su Estado las normas europeas de defensa de la competencia y la jurisprudencia interpretativa del Tribunal Supremo, consolidando el denominado "private enforcement" a los efectos de poder conocer los órganos jurisdiccionales civiles, entre otras, de las acciones de resarcimiento de los daños y perjuicios causados por las conductas anticompetitivas.

Pero no se impone la obligación de ejercitar una acción "follow on" derivada de una resolución dictada por la CNMC antes de la firmeza de la resolución administrativa sancionadora pues, como hemos visto, no fue hasta el dictado de la sentencia del Tribunal Supremo cuando se alcanza la seguridad de la realidad de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar.

6.- En conclusión, estimamos que el plazo de prescripción es de 5 años a contar desde las sentencias del Tribunal Supremo que ratificaran las previas de la Audiencia Nacional, confirmando la sanción impuesta a los fabricantes de vehículos por conductas contrarias a la competencia. (Ss.T.S. de abril a diciembre de 2021). Por lo que, atendida la fecha de reclamación extrajudicial / interrupción de la prescripción y de ejercicio de la acción, no procede apreciar la prescripción de la acción.

### **TERCERO. - Resolución sancionadora y sentencias que la confirman.**

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

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

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

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

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

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

Es decir, un intercambio de gran cantidad de datos sensibles que afectan a rentabilidad y facturación de redes de concesionarios, márgenes comerciales, políticas y estrategias comerciales actuales y futuras, fidelización de clientes..., etc.





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

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

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

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

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

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

**2.-** Con idéntica rotundidad, en las sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo, que confirman la Resolución, atendida la información intercambiada, se afirma:

En la de la Audiencia Nacional:

"...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...

... Y es precisamente la naturaleza del objeto de la práctica colusoria sancionada lo que permite considerar que estamos ante una infracción por el objeto lo cual impide admitir la afirmación de la recurrente cuando considera que la CNMC debió analizar la incidencia que dicha conducta tuvo en el mercado. La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2019 dictada en el recurso de casación 4323/2017 refiere que únicamente cuando no existen indicios suficientes para apreciar la existencia de una infracción por el objeto entonces se puede exigir que se acrediten los efectos concretos de un acuerdo contrario a la competencia. Y en dicha sentencia, el Tribunal Supremo, referida también a un intercambio de información entre competidores, fija doctrina jurisprudencial en materia de defensa de la competencia y concluye que cuando nos encontramos ante infracciones por objeto, no es necesario analizar la incidencia que dicha conducta infractora tiene sobre el mercado, ya que por su propia naturaleza son aptas para incidir en el comportamiento de las empresas en el mercado, ni es posible rebatir esta afirmación mediante observaciones basadas en que los acuerdos colusorios no tuvieron efectos relevantes en el mercado...

...En este sentido, consta como en la resolución impugnada la CNMC analiza cada una de las circunstancias recogidas en el artículo 64.1 citado destacando que "algunos elementos permiten valorar el grado de lesividad y el carácter dañino dentro de las prohibidas por el artículo 1 de la LDC. (...) La disminución de la competencia generada por tales intercambios de información durante los periodos 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. 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".

En la del Tribunal Supremo:

"...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.

#### **CUARTO. - La indemnización del daño.**

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

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

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

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

Y la Sentencia del Tribunal Supremo, Civil sección 1 del 14 de junio de 2023 (ROJ: STS 2496/2023) afirmó:

"...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.

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...

...Como conclusión de lo expuesto, aunque sea discutible que pueda calificarse como aplicación de la doctrina ex re ipsa, el razonamiento seguido por la Audiencia Provincial ha sido 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..., 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.

**2.-** En la práctica, la acreditación del daño resulta complicada. Consciente de esta dificultad, la propia Unión Europea ha emitido documentos que facilitan pautas para concretar esa indemnización.

En este sentido, el Reglamento CE 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, el "Libro Verde" de 2005 sobre acciones indemnizatorias y el "Libro Blanco" de 2008, la Comunicación oficial de la Comisión sobre cuantificación del perjuicio por incumplimiento de los arts. 101 y 102 TFUE (DOUE 16-6-2013) y -por fin- la "Guía Práctica de la Comisión Europea" para la cuantificación de los perjuicios por infracción de los citados arts. 101 y 102 TFUE. Sobre todo, esta última, permiten, extraer una serie de principios de partida.

Así: a) el mero hecho de la participación de las empresas en el cártel es indicativo de que es para obtener beneficios materiales. Y b) los datos empíricos analizados llevan a estimar que en el 93% de los supuestos cárteles se producen sobrecostos; siendo estos de un 20% de media.

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

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

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

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

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

Presunción conceptual que viene avalada por el estudio que recoge la Guía de la Comisión, "Quantifying Antitrust Damages", Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2009. A cuyo resultado ya



hemos hecho referencia: el 93% de los Cárteles estudiados ocasionaron costes excesivos (apartados 141 y 142 de la Guía). Si bien varía la excesividad de aquellos. En un 70% de los cárteles el exceso estaba entre un 10% y un 40% del precio real. Hallándose un coste excesivo medio del 20% (apartado 143).

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

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

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

En este contexto del daño, como ya adelantó la S.T.S. 651/2013, no sólo hay que tener en cuenta el posible sobreprecio, sino la incidencia de la práctica colusoria en el propio mercado. En el caso que nos ocupa, por ejemplo, los servicios postventa, cuya importancia (como es bien conocido) no resulta irrelevante. Así lo corrobora la S.T.J.U.E. de 10 de noviembre de 2022 (asunto C-163/21, Paccar): la protección eficaz contra las consecuencias perjudiciales de la infracción del Derecho de la competencia "no sólo permite poner remedio al daño directo que la persona en cuestión alega haber sufrido, sino también a los daños indirectos causados a la estructura y al funcionamiento del mercado, que no ha podido desplegar su plena eficacia económica, en particular en beneficio de los consumidores afectados" ( STJUE 6 de octubre de 2021, C-882/19, Sumal).

**5.-** Sobre esta cuestión destacamos de las afirmaciones de la Sentencia del Tribunal Supremo, Civil sección 1 del 14 de junio de 2023 (ROJ: STS 2496/2023):

"...para valorar el alcance del daño producido por el cártel (el sobreprecio pagado por el comprador final del camión) y fijar la indemnización adecuada, es relevante estimar lo que habría ocurrido de no haberse producido la práctica restrictiva de la competencia, lo que supone recrear un escenario hipotético (hipótesis contrafactual).

Esta estimación sirve para determinar cuál habría sido el precio del camión en un escenario no cartelizado, cuya comparación con el precio efectivamente pagado daría como resultado el importe del sobreprecio causado por el cártel...

... En la sentencia 651/2013, de 7 de noviembre (ECLI:ES:TS:2013:5819), sobre el cártel del azúcar, hicimos referencia a la imposibilidad de realizar una reproducción perfecta de cuál hubiera sido la situación si no se hubiera producido la conducta ilícita...

... En la citada sentencia 651/2013, de 7 de noviembre, al aplicar la normativa anterior a la trasposición de la Directiva, afirmamos que esta dificultad no debe impedir que las víctimas reciban un importe de indemnización adecuado por el perjuicio sufrido sino que justifica una mayor amplitud del poder de los jueces para estimar el perjuicio y que el hecho de que el cálculo de las indemnizaciones haya de realizarse sobre hipótesis de situaciones fácticas no acaecidas realmente puede justificar una mayor flexibilidad en la estimación de los perjuicios por el juez.

Por tanto, la facultad del juez de fijar la indemnización del daño producido por la conducta infractora del Derecho de la competencia mediante una estimación ya estaba reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como consecuencia necesaria del principio de indemnidad del perjudicado propio del art. 1902 CC y del art. 101 TFUE, antes incluso de la entrada en vigor de la Directiva y de la trasposición al Derecho interno del art. 17.1 de dicha Directiva...

...La atribución al juez de facultades de estimación de la cuantificación del daño causado por la conducta infractora de la competencia permite superar algunas dificultades propias de la valoración del daño en este campo. El apartado 82 de la STJUE de 22 de junio de 2022 (asunto C-267/20, Volvo y DAF Trucks, ECLI: EU:C:2022:494), al justificar la atribución al juez de estas facultades estimativas en el art. 17.1 de la Directiva, declaró que dicha norma tenía por objeto "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"...

... Por eso, que la sentencia recurrida considere inadecuado el método empleado para la cuantificación del sobrecoste y, por tanto, haya rechazado sus conclusiones, no supone, sin más, la inactividad del demandante. Sobre todo, si tenemos en cuenta que, a las dificultades propias de la cuantificación del daño en asuntos de competencia a que hacían referencia los apartados 17 y 123 de la citada Guía práctica, se suman las derivadas de las especiales características del cártel de los camiones.

Así, la extensa duración del cártel, que se inició en el año 1997 y se prolongó durante al menos 14 años, dificulta seriamente realizar un análisis diacrónico. El ámbito geográfico del cártel, que afectó a todo el EEE, y la singularidad de los productos afectados, hacen en la práctica muy difícil realizar un análisis sincrónico de comparación con otros mercados geográficos (pues las circunstancias concurrentes en otros ámbitos geográficos son muy diferentes) o con otros productos, que no son aptos para realizar la comparación. Y esas mismas características del cártel también dificultan mucho aplicar con éxito otros métodos de cuantificación de daños, como los basados en costes y análisis financieros.

En este contexto, 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...

... Sin que además podamos obviar la desproporción que se advierte fácilmente, en un caso como este (en que una empresa reclama por el sobreprecio pagado por la compra de dos camiones), entre el interés litigioso y el coste que podría generarle la práctica de las diligencias necesarias para acceder a la documentación que pudiera ser relevante en ese caso concreto y la elaboración del posterior informe pericial. Desproporción que convertiría en claramente antieconómica la reclamación judicial del demandante.

**6.-** Hemos de partir de la conclusión que se desprende tanto de la Resolución de la CNMC como de las Ss. tanto de la Audiencia Nacional como del Tribunal Supremo. Es decir, hay una presunción de daño por una grave infracción competencial: que agrupaba a prácticamente todas las marcas de coches, cuya cuota de mercado conjunta estaba alrededor del 91% de la distribución de automóviles en España; que duró 7 años (febrero de 2006 hasta agosto de 2013), en un espacio geográfico como el de toda España; en la que el trasvase de información abarcó a la práctica totalidad de actividades realizadas por las empresas mediante su red de concesionarios (venta de vehículos nuevos, usados, prestación de servicio de taller, reparación, mantenimiento, y venta de piezas de recambios oficiales)

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

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

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

**7.1.** Pericial del demandante ( Imanol . Economista).

Analiza: i) Documentación contable obtenida de AUTOMOVILES CITROËN ESPAÑA S.A. (Balances de situación, cuentas de pérdidas, principales ratios contables, incidencias de informes de auditorio, todo ello del periodo comprendido entre 2003 y 2015); ii) Información sobre matriculaciones de vehículos a nivel nacional, entre 2003 y 2015 general y diferenciados por marca y modelo.

Efectúa un estudio de los márgenes de la compañía durante los años anteriores y posteriores al pacto de precios, así como antes y durante los años en los que se llevaron a cabo intercambios de información sensible.

Estima lo que hubiera ocurrido de no haberse producido la infracción, examinando periodos anteriores y posteriores a la citada infracción en el mercado afectado. En este método comparativo se han analizado los datos correspondientes a volúmenes de ventas, costes de producción, márgenes de beneficio y otras variables económicas, observados en el periodo afectado y no afectado (anterior y posterior) en el mercado analizado.

Concluye que el margen promedio por vehículo de la compañía, durante el período de fijación de precios (años 2006 a 2013), se incrementó notablemente, fijando en un 17,27% la estimación del coste excesivo abonado por

el consumidor, más intereses legales desde la fecha de adquisición del vehículo, se ha realizado la comparación mediante la comparativa cuantitativa más cauta, es decir, comparando los márgenes antes y durante las prácticas contrarias a competencia.

En su intervención en Sala defendió su informe.

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

#### **7.2 Pericial de la demandada. - (KPMG).**

Critica el informe del demandante calificando el cálculo de sobreprecio como arbitrario y dependiente totalmente de la construcción artificial de su variable "margen promedio por vehículo" y de la utilización de una metodología "antes-durante" en una serie de datos creciente y en la que no se tienen en cuenta factores externos de oferta, demanda ni características relevantes.

Esta pericial sigue el método diacrónico temporal "durante-después". Es decir, compara precios durante el cártel y después del cártel, para concluir que los precios prácticamente no han variado. Tanto desde 2006 a 2013 (se afirma incluso que en julio de 2013 el precio de los coches era un 1% más bajo que en enero de 2006 -inicio de la infracción-). A partir de 2013 mantuvo una tendencia creciente hasta 2019 (se afirma que en diciembre de 2019 el precio de los coches era un 8% más alto que en julio de 2013 -final de la infracción).

Se examinaron transacciones reales en número de más de 1.000.000 analizando precios netos de venta al concesionario. No el precio final de venta al cliente.

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

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

En su intervención en Sala defendió su informe.

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

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

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

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

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

El vehículo fue adquirido en virtud de pedido de fecha 31/12/2009, constando un precio de 22.100 euros y en la acreditación de financiación a 72 meses de 22.194 euros.

Se fija la indemnización por daños en 1.553,58 Euros (22.194 x 7%).

También, como ha reiterado el Alto Tribunal, procederán los intereses legales del precio, desde el momento del pago, en este caso desde el pago de cada cuota del capital del precio aplazado.

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

#### **QUINTO. - Costas de primera instancia.**

Sin imposición de costas de primera instancia, tanto por no existir vencimiento total, como por las dudas jurídicas que arroja el caso ( arts. 394 LEC).

#### **SEXTO. - Costas de segunda instancia.**



Al estimarse en parte el recurso interpuesto procede no imponer a ninguno de los litigantes las costas causadas en esta alzada en cumplimiento del art. 398.2 de la Ley 1/2000, con la correspondiente devolución del depósito constituido para recurrir ( Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Vistos los artículos citados, así como los demás de general y pertinente aplicación, y por todo lo que antecede,

### FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por D. Agapito , revocamos la sentencia apelada y, con parcial estimación de la demanda interpuesta, condenamos a AUTOMÓVILES CITROËN ESPAÑA S.A. al pago a D. Agapito de la cantidad de 1.553,58 Euros, más los intereses legales desde el pago de cada cuota del capital del precio aplazado, e intereses procesales desde la presente sentencia, sin imposición a ninguno de los litigantes de las costas procesales causadas ni en primera ni en esta segunda instancia.

Devuélvase el depósito constituido para recurrir.

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

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

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

La difusión del texto de este documento a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en este documento no podrán ser cedidos ni comunicados a terceros. Se le apercibe en este acto que podría incurrir en responsabilidad penal, civil o administrativa.