



Roj: **SJM M 4075/2023 - ECLI:ES:JMM:2023:4075**

Id Cendoj: **28079470042023100049**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **01/09/2023**

Nº de Recurso: **135/2022**

Nº de Resolución: **187/2023**

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: 28.079.00.2-2022/0101381

Procedimiento: Juicio Verbal 135/2022

Materia: Obligaciones

Clase reparto: DEMANDAS ART. 101 Y 102 UE

SG

SENTENCIA Nº 187/2023

MAGISTRADA: D^a. OLGA AHEDO PEÑA

Lugar: MADRID

Fecha: 1 de septiembre de 2023

DEMANDANTE: D.^a Constanza

Abogada: D. Cristina Díaz García

Procurador: D. Víctor Enrique Mardomingo Herrero

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 5 de abril de 2022 tuvo entrada en este juzgado la demanda de Juicio verbal formulada por el procurador D. Víctor Enrique Mardomingo Herrero, actuando en nombre y representación de D.^a Constanza , frente a AUTOMÓVILES CITROËN ESPAÑA S.A.



Tras invocar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, SUPLICÓ al juzgado que " se dicte Sentencia por la que, estimando los hechos y alegaciones presentadas declare:

a. La responsabilidad de CITROËN por los daños causados a DOÑA Constanza como consecuencia de su relación con el conocido como "cartel de coches" en la compraventa del Vehículo Marca CITROËN.

b. Consecuencia de lo anterior se condene al pago de la indemnización derivada del sobrecoste en la cantidad de 2.560,93€.

c. Igualmente se condene al pago de los Intereses, desde la fecha de adquisición del Vehículo y a las costas procesales".

II. La demanda se admitió a trámite por decreto de 7 de septiembre de 2022.

III. Emplazada la demandada, el 10 de octubre 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 10 de octubre 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 12 de diciembre de 2022 se señaló para el 25 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. CITRÖEN 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 CITROEN.

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, CITROEN, 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. CITROEN 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, CITROEN, 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 cártel, 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. CITROEN 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, CITROEN, 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 núm. 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 DE LA 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 (2.560,93 €) derivados de la infracción de las normas del Derecho de la competencia (acción *follow on*).

Alega, en esencia, que sufrió daños por sobreprecio al adquirir, en el año 2009, el vehículo CITROËN C4 PICASSO, matrícula ...-HWN , por un precio de 18.788,94€.

En orden a acreditar el daño sufrido aporta el informe pericial realizado por el Gabinete DEPERICIAS en fecha 11 de febrero de 2022.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA

La demandada, que aporta el informe pericial realizado por KPMG en fecha 21 de septiembre de 2022, 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) que hizo pública la Resolución de la CNMC. 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. 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 sobrecostes 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 1 año previsto en el artículo 1968.2 del CC y el *dies a quo* se sitúa en la fecha en la que se publicó la Resolución de la CNMC, el 28 de julio de 2015. Añade la demandada que, además, la demandante tuvo pleno conocimiento de todos los presupuestos (subjctivos, 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.

La demandante, sin mención de precepto alguno, afirma haber interrumpido la prescripción mediante reclamación extrajudicial de fecha 1 de marzo de 2022.

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 nacía la responsabilidad [...que] implican el conocimiento de la información imprescindible para ejercitar una acción por daños" (ap. 51).

Es decir, ante la duda sobre la vigencia y aplicabilidad de la Directiva, la STJUE de 22 de junio de 2022 considera aplicable a estos litigios el art. 10 de la Directiva 2014/104/UE y el art. 74.1 LDC porque, aunque se trata de disposiciones sustantivas, a efectos del art. 22.1 de dicha Directiva, se considera que el plazo de prescripción aplicable a esa acción en virtud de la regulación anterior no se había agotado antes de que expirara el plazo de transposición de la Directiva.

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 publicación de la Resolución de la CNMC el 23 de julio de 2015 que defiende la demandada.

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, 28 de julio de 2015, que hizo pública 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.

8.4. 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).

8.5. 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 realizadas.

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 rapeles 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, 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 estabilizasen 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 partícipes, 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*".

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 sobrepago 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 3 de abril de 2023, no tiene, a mi juicio, eficacia para desvirtuar la presunción.



Y ello, principalmente, porque obvia el contenido de la Resolución de la CNMC y de los Tribunales que han desestimado los recursos interpuestos contra la misma, y porque las bases de datos utilizadas en su modelo econométrico, el fundamental, no ofrecen confianza ni sobre su procedencia ni sobre su formación.

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.

En su declaración, el perito defendió la coherencia de sus conclusiones con el hecho de constituir el cártel una infracción por objeto. Razonó el perito que hubo intercambio de variables a nivel "agregado" que tienen el potencial de ser utilizadas de forma anticompetitiva, pero calificó el cártel como "blando", no "duro" de fijación de precios, y se preguntó por la razón de que habiéndose intercambiado "un montón" de información no se incluyera la variable precio por modelo, que es lo que, afirmó, se necesitaría para poder trasladar toda esa información a subidas de precios.

Pues bien, en relación con estas consideraciones e interrogante del perito, procede recordar que la información intercambiada era "altamente desagregada" (apartado sexto de la Resolución de la CNMC) y que la Comisión expresa:

(...) " 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.).

Y 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.

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) Una cuantificación específica del daño a partir de datos de ventas de vehículos nuevos en España para las marcas referidas.

(ii) Un análisis diacrónica temporal directo antes, durante y después del índice de precios de automóviles en España.

(iii) Un análisis sincrónico directo del índice de precios de automóviles en España comparado con el mismo índice para la Unión Europea y zona Euro.

(iv) Un análisis sincrónico directo del índice de precios de automóviles en España comparado con el de otros países de la Unión Europea.

6. El primer análisis, el fundamental, es el que emplea el método diacrónico temporal, aplicado mediante regresión econométrica (apartado 10). Se comparan los 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. Ello teniendo en cuenta el efecto del resto de variables que afectan a los precios, como la demanda, las características y el coste de fabricación.

Afirman los peritos que la utilización de precios netos obtenida por los fabricantes es apropiada porque encontrar un sobreprecio en esta etapa de la cadena es condición necesaria para la existencia de un potencial sobreprecio en la siguiente y última etapa de la cadena entre concesionarios y sus clientes finales.

La cuantificación del sobreprecio se ha llevado a cabo a partir de dos bases de datos (apartado 4.1.1):

(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.

Se emplean: (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; (ii) como variables de oferta, el coste medio de fabricación (cuando se dispone de él, para el caso de Citroën-DS y Peugeot) o el IPRI general de vehículos a motor; (iii) como variable de demanda, el PIB real en España. Además, se han tenido en cuenta la tipología de clientes (flotas o particulares), y las características técnicas de los vehículos. Y afirman los peritos que los resultados se proporcionan también bajo la hipótesis de que la infracción se extendiera hasta finales de 2013.

Concluyen los peritos que existe una amplia dispersión en los precios de venta a lo largo del tiempo, tanto a nivel de segmento como de marca y modelo, que se explica por diversos factores: características del producto, condiciones de demanda, categorías de uso, tipos de clientes, factores de demanda externos, factores de oferta. Afirman que los precios netos efectivos de las cuatro marcas referidas han seguido, en general, una tendencia creciente a lo largo del tiempo, no observándose, a priori, que los precios de venta en el escenario con infracción fueran superiores o se comportaran de forma distinta con respecto al periodo posterior.

7. Pues bien, como decía inicialmente, la crítica fundamental a este método está en las bases de datos empleadas, que son, prácticamente, un misterio, confusas en su procedencia y formación al menos a partir de la mera lectura del informe pericial, lo que la declaración del perito corroboró.

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

(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 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 perito de KPMG aclaró que esta base de datos recoge todas las transacciones realizadas entre fabricante (Citroën-DS y Peugeot) y concesionarios enero de 2010 y diciembre de 2019.

Continúa el apartado 16:

"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 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".

El perito de KPMG confirmó que su estimación incluye cuatro años del periodo con infracción y cuatro años del período sin infracción, y afirmó que ello comprendía suficiente información para poder ver los efectos de la infracción, no planteándose problemas desde el punto de vista estadístico. Añadió que la hipótesis que habría que hacer para que su modelo fuese extrapolable a los años anteriores (2006, 2007, 2008, 2009) es que el cartel se habría comportado de forma similar, no teniendo ninguna evidencia de que no sea así.

Añadió el perito que, en todo caso, para salvar esa crítica realizan las restantes estimaciones y su resultado es muy parecido. Con el IPC armonizado de vehículos se utiliza información desde 2001 hasta la actualidad, y el resultado que es muy parecido al que se obtiene.

En relación con la base de datos transaccional, el perito aclaró que no disponen de facturas; que lo que tienen es una base de datos descargada del programa de gestión de Stellantis (anexo III del informe sobre Fuentes de información). Explicó el perito que 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).

Aclaró también el perito que están haciendo una auditoría de los datos que muestre que, efectivamente, los datos descargados de esa base de datos se corresponden con los utilizados, desconociendo en qué estado de avance se encuentra tal auditoría.

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

Respecto a la base de datos Carline, declaró el perito que también es de Stellantis. El perito explicó que Stellantis tiene varias bases de datos:

(i) una es de facturas, contiene toda la información que aparece en las facturas, la tienen procesada, y ésta es la información que se utiliza en el análisis con datos transaccionales;

(ii) la base de datos Carline la utilizan a efectos de tomar decisiones. El perito declaró que es más ejecutivo tener agrupados los coches por marcas y modelos que sean homogéneos a lo largo del tiempo. Esta base de datos contiene una serie de modelos y los sigue a lo largo del tiempo con información más precisa.

A la vista de los distintos periodos que abarcan las bases de datos referidas, y considerando que, en último término, la información procede del fabricante, la letrada de la demandante preguntó al perito por tal diferencia, respondiendo que sería una pregunta para Stellantis.

Al hilo de la pregunta, manifestó también el perito que estas compañías de nivel también tienen dificultades para recuperar datos históricos.

Y en relación con ello, a la vista de que parece que KPMG podría disponer también de datos transaccionales de 2008, se preguntó al perito por ello, limitándose a responder que los referidos eran los datos que tenían y que, en todo caso, el periodo analizado era bastante para realizar el análisis, además de estar confirmados los resultados por los restantes análisis.

En definitiva, las bases de datos empleadas por KPMG no son certeras; el estudio econométrico, en el marco de todos los realizados, es el fundamental para determinar el eventual daño y se suscitan dudas sobre la posibilidad de haber extendido el estudio a un periodo más amplio; y a todo ello se añade el apartamiento del contenido de la Resolución de la CNMC en la realización del análisis.

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. Esta alegación no puede prosperar. Sobre estas cuestiones se ha pronunciado también la **Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 8 de julio de 2022**.

Así, tras citar la STS de 7 de noviembre de 2013, la Audiencia Provincial ha declarado en relación con el *passing on*, (FD 7º, (el subrayado es de quien suscribe):

"Como indicamos en nuestra sentencia de 23 de mayo de 2022, la alegación de la defensa del passing-on exige a la parte que lo plantea un esfuerzo probatorio en el sentido de acreditar suficientemente traspasado a terceros por parte del perjudicado reclamante el daño del sobrecoste. No basta con la alegación puramente genérica, en el plano estrictamente argumental, como la realizada por las apelantes, sobre la circunstancia de que la parte demandante sea empresario y por ello, tenga la posibilidad en abstracto de repercutir el sobrecoste derivado del cártel a sus clientes finales. Ello es una mera tesis de parte que no ha obtenido el necesario respaldo probatorio y que no cabe deducir de la genérica información que suministra el Observatorio de Costes del Transporte de mercancía por carretera que promueve y organizada el Ministerio de Fomento, del que no cabe inferir que la demandante haya repercutido aguas abajo el sobrecoste soportado".

3. En este caso, la demandada formula su alegación desde el punto de vista meramente teórico, y la eventual reventa del vehículo, por sí sola y en contra de lo alegado por la demandada, no permite recuperar el sobrecosto. En consecuencia, la alegación debe ser rechazada.

IX. CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO. INFORMES PERICIALES.

1. Informe pericial de la demandante

La demandante aporta un informe pericial realizado por DEPERICIAS en fecha 11 de febrero de 2022.

El informe dedica a la metodología empleada para cuantificar los daños las páginas 72 y siguientes, expresando que se combinan 2 técnicas distintas:

- (i) Medias estadísticas
- (ii) Análisis econométricos de regresión.

1.1. Base de datos

La base de datos utilizada para realizar el examen es la publicada anualmente por el Ministerio de Hacienda relativa a "los precios medios de venta aplicables en la gestión del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones e Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte".

En el informe se relaciona la normativa considerada en los años seleccionados, desde 2005 hasta 2020.

Se indica en el informe que estos precios que publica el Ministerio se forman a partir de "las publicaciones de las asociaciones de fabricantes y vendedores de medios de transporte, así como las indicaciones y

características técnicas sobre nuevos vehículos aportadas por los propios fabricantes" por lo que, a juicio de los peritos, constituye información de calidad para observar el comportamiento y variación de los precios de los automóviles a lo largo de la serie temporal analizada, ello con independencia de que también se usen para otros fines de carácter fiscal.

La base de datos incluye información sobre la marca comercial, el modelo y tipo de vehículos, el periodo comercial en el que ha estado vigente dicho vehículo, datos técnicos relativos a la cilindrada, número de cilindros, tipo de combustible, medidas de potencia en kw, CVf y CV, emisiones de CO2 y el valor del vehículo.

Sobre dicha base de datos original se han llevado a cabo diferentes caracterizaciones de los registros al objeto de enriquecerla para el posterior tratamiento. Así p.e. cada registro se ha marcado de forma concreta para poder discriminar si dicho registro pertenece o no al cartel, entendiendo como tal que la marca del automóvil de dicho registro, así como el año analizado ha estado en el cartel de acuerdo con la resolución de la CNMC. De igual forma cada registro está caracterizado con otras variables como son p.e. el año, las matriculaciones (a nivel de marca), si está en periodo comercial o no, si dicha marca está afectada por el cartel o no ...

La base de datos incorpora información sobre 92 marcas y la proporción de registros asignados a marcas en cartel es aproximadamente del 92%, lo cual está en línea con la cuota de matriculaciones del cartel (93%) y con la cuota de mercado referida por la CNMC en su resolución (91%).

1.2. Técnica basada en medias estadísticas

Esta técnica compara cómo ha evolucionado en el periodo cártel (2006-2013) el precio de las marcas cartelizadas y el precio de las marcas no cartelizadas. Para ello se utilizan dos índices de precios y la comparación se realiza entre ambos. Concretamente:

(i) Índice de Precios 1: IPC de automóviles nuevos publicado por INE. Dado que el INE renueva periódicamente las bases de referencia estadísticas para sus series, ha sido necesario enlazar los datos de serie "base 2011" (con datos entre 2002 y 2016) con la serie "base 2016" (con datos a partir de 2017 y hasta la actualidad). A través de este tratamiento de datos se consigue una serie histórica del IPC de automóviles tanto durante el periodo de cartel como posteriormente.

(ii) Índice de Precios 2: se trata de un índice creado específicamente para las marcas del cartel a partir de la base de datos de Hacienda utilizada para este informe. En concreto dado que se trata de vehículos nuevos solo se han considerado aquellos registros que están en periodo comercial, con menos de 3 años desde el inicio de su lanzamiento. El análisis de este índice de precios de nuestra base de datos se realiza a nivel de la media aritmética simple (o promedio).

Para comparar los 2 índices anteriores en bases homogéneas para el periodo del cartel se establece cada uno de los índices en base 100 para el año 2005, año previo al funcionamiento del cartel, y a partir de ahí este índice base 100 evoluciona hacia arriba o hacia abajo en función de los precios del año 2006 y siguientes (siempre en relación con el año 2005). Dado que el cartel termina en 2013 dicho índice, a los efectos de este análisis estos índices también finalizan en 2013. Y en relación con el índice de precios de la base de datos utilizada, se analiza desde el punto de vista de la media

El informe incluye un gráfico que muestra que los precios de las marcas cartelizadas aumentan en mayor medida que el IPC, considerándose que si el índice de precios de las marcas en cartel sube más que el índice general, y éste a su vez experimenta mantenimiento o una ligera caída, ello sólo se puede deber a que los precios en las marcas que no forman parte del cartel han bajado, y se cuantifica esta rebaja aplicando una ecuación matemática.

El resultado de ello es que mientras que el índice de precios del cartel ha ido subiendo entorno al 1,6% anual, el general de automóviles nuevos publicado por el INE ha ido bajando al -0,2% y eso supone que las marcas fuera del cartel han tenido bajadas de entre el 9% y el 14%.

La conclusión alcanzada es que el efecto diferencial entre el comportamiento de los precios en las marcas del cartel y las marcas fuera del cartel en el periodo 2006-13 se cuantifica entre el 10,6% y el 15,1% anual.

1.3. Técnica basada en modelos econométricos. Método de los Mínimos Cuadrados Ordinarios (MCO).

Se precisa, en primer lugar, que para la aplicación de esta técnica a la hora de procesar los registros de la base de datos se han eliminado todos aquellos que no son considerados relevantes, porque teniendo sentido desde un punto de vista fiscal (p.e. una hipotética transmisión de un vehículo antiguo) no lo tiene a efectos de aplicar el modelo, como p.e. aquellos registros cuyo periodo comercial está obsoleto. Y también se han eliminado los registros incompletos por falta de información y los outliers de precios, que, aun siendo reducidos, perjudican el ajuste del modelo al representar valores extremos que no se corresponden con los valores normales de



mercado analizado. Como consecuencia de este descarte, la base de datos ha quedado conformado con un total de 139.139 observaciones, de las cuales un 92% corresponde a marcas cartelizadas.

El método econométrico utilizado se basa en el método de los Mínimos Cuadrados Ordinarios (MCO), cuantificado este como la diferencia entre el valor real de la observación y el valor previsto por el modelo.

El modelo emplea las siguientes variables:

(i) Una variable observable que sea capaz de captar los efectos de la infracción, es decir, la variable explicada, dependiente o endógena: precio del vehículo.

(ii) Conjunto de variables explicativas, independientes o exógenas, que potencialmente influyen en la determinación de la variable dependiente: año de la compra del vehículo (variable categórica o de tipo dummy creada para cada uno de los niveles de ésta); número de cilindros (variable categórica o de tipo dummy creada para cada uno de los niveles de ésta); tipo de combustible del vehículo (variable categórica o de tipo dummy creada para cada uno de los niveles de ésta); cilindrada (CC) (variable numérica); potencia (CV) (variable numérica); número de matriculaciones (representa la demanda a nivel de marca y se analiza como variable numérica); marca en cártel (se analiza como una variable categórica o de tipo dummy); año en cártel (se analiza como una variable agrupada categórica o de tipo dummy); efecto diferencial anual del cártel: este efecto se concreta en 7 variables categóricas o de tipo dummy (una para cada uno de los años del cartel) en las que se asume como valor "1" cuando la marca analizada pertenece al cartel dentro del año analizado y como "0" para el resto de las situaciones. Las variables creadas son: cartel.2006, cartel.2007, cartel.201

Para poder determinar qué impacto tienen en el modelo cada una de las variables se emplean los coeficientes parciales estandarizados, que se obtienen al estandarizar las variables predictoras previo ajuste de la aplicación del modelo econométrico. La opción elegida para normalizar las variables es la transformación logarítmica; hallar el logaritmo neperiano de la variable a explicar (precios) y del resto de variables explicativas a las que se les pueda hacer dicha transformación.

Este análisis econométrico se ha realizado con el software R y Rstudio, herramientas altamente especializadas en este tipo de tratamiento de datos.

En el informe se expresa la fórmula matemática aplicada y se explica que el modelo analiza el precio en función de una serie de variables numéricas técnicas del vehículo como son los cv y los cc, variables numéricas relativas a la demanda de vehículos como son las matriculaciones y otras variables tanto de aspectos técnicos del vehículo como clasificatorias de tipo categóricas o binarias como son el año, el número de cilindros, el tipo de combustible, si estamos en el periodo afectado (2006-13) o no y si la marca está dentro de una de las afectadas por el cartel o no. Finalmente se establece una variable específica para el análisis del impacto del cartel para cada uno de los años 2006 a 2013 que lo configuran y que será la que nos indique que efecto ha tenido el cartel en el precio del año en cuestión analizado.

A continuación, se incluye una tabla que refleja los coeficientes parciales de los regresores y los estadísticos de significatividad de éstos, y las cifras que se reflejan muestran que todas las variables utilizadas en el modelo son significativas y también la específica del impacto del cartel (cartel.2006, cartel.2007... cartel.2013).

Se expresa también la significatividad general del modelo.

Otro estadístico que se considera relevante en el informe es el coeficiente R2 (R-squared) y el R2 ajustado (adjusted Rsquared), ambos con valores del 80,3%. Este estadístico refleja el porcentaje de la variación de la variable independiente que es explicada por el modelo, siendo sus valores extremos posibles el 0% (desconocimiento total) y el 100% (conocimiento absoluto). Se expresa en el informe que valores R2 inferiores a un 50% son descartables y superiores al 70% o 75% indican ya una fuerte capacidad explicativa del modelo.

Finalmente, se concluye que el sobreprecio promedio es de un 15,04%, concretándose el porcentaje de sobreprecio para cada uno de los años de cártel. El vehículo objeto del procedimiento se adquirió en el año 2009, fijándose para ese año un sobreprecio del 13,63%.

2. Crítica de la demandada al informe pericial de la demandante

2.1. Modelo econométrico

1. El modelo no es válido al estar basado en una aproximación carente de una hipótesis razonable y sin ningún soporte técnico. Concretamente:

2. Los datos empleados no son precios transaccionales, se trata de valores fiscales que no son válidos para realizar una cuantificación porque: (i) su único objetivo es servir como herramienta de comprobación de los valores empleados para la presentación de los impuestos correspondientes, no haciendo referencia a los



precios de mercado de automóviles nuevos en España. Son valores que se asignan de forma anual a vehículos usados que van a ser revendidos a terceros, por los cuales es necesario tributar; (ii) los valores fiscales tendrán necesariamente una tendencia decreciente porque hacen referencia al valor fiscal de modelos de vehículos de segunda mano en el año de referencia del BOE, y su tendencia debe ser decreciente debido a la propia depreciación de los vehículos. Los peritos citan de forma entrecortada el apartado 11 de la Guía Práctica para hacer valer la necesidad de considerar precios transaccionales, pero la cita se hace de forma incorrecta. En el informe se expresa que según el apartado 11 de la Guía " *la situación real de la parte perjudicada debe compararse con la situación en la que habría estado de no ser por la infracción*", y lo que dice el apartado 11 es que " *la situación actual de la parte perjudicada debe compararse con la situación en la que habría estado de no ser por la infracción*."

3. Existe una total falta de transparencia en el tratamiento de los datos realizado por los peritos de la actora: (i) el informe no contiene detalle de tal tratamiento; (ii) el informe no permite observar si los datos empleados se distribuyen de la misma forma a lo largo del periodo analizado, y tampoco si la presencia y representatividad de las diferentes marcas analizadas es igual para todos los años de estudio; (iii) la base de datos presenta una elevada dispersión de base, pues si bien la gran mayoría de los vehículos se concentran en tramos de precios entre los 15.000 y los 30.000 euros, también se incluyen vehículos que superan los 700.000 euros en las marcas denominadas de súper lujo, y se desconoce si estos valores han sido eliminados (iv) los peritos sólo emplean 139.139 observaciones, cuando según los informes que publica la Asociación Española de Fabricantes de Automóviles y Camiones (ANFAC), en 2013 hubo 722.689 matriculaciones de turismos y todoterrenos, y en el año 2014 hubo 855.308 matriculaciones.

4. Se obtienen resultados contradictorios que revelan la ausencia de sobreprecio.

La denominada técnica basada en modelos econométricos se basa en regresar el valor fiscal de la base de datos con respecto a las características técnicas de los vehículos, el número de matriculaciones y varias variables artificiales, según la especificación que concretan, y:

(i) Se obtienen resultados de inexistencia de sobreprecio (coeficientes negativos y estadísticamente significativos- los valores de las marcas afectadas son inferiores a los de las marcas no afectadas) a partir de los coeficientes de las variables "marca afectada" y "periodo afectado". Los peritos de la actora explican de forma equivocada el coeficiente negativo y estadísticamente significativo de su variable "marca afectada": " *las marcas que no han participado en el cártel durante 2006-2013 han tenido una reducción significativa de precios en relación con los establecidos por las marcas del cártel*". Pero esta interpretación es errónea porque lo que se compara es si el valor fiscal de referencia para las marcas afectadas fue diferente al valor fiscal de las marcas no afectadas. Y lo mismo ocurre con la variable "periodo afectado".

(ii) Los peritos de la actora tiene en cuenta únicamente los coeficientes que obtienen de las variables "año cártel". Sin embargo, no es posible aislar el supuesto efecto de la infracción en sus variables "año cártel". Estas variables son dicotómicas o "dummy". Estas variables plantean varios problemas: (a) el resultado que se obtenga estará afectado por el resto de las variables dicotómicas incluidas en el modelo, pues la construcción de éstas es muy similar. La inclusión de varias variables dicotómicas, en lugar de incluir solamente la que recoja el efecto de la infracción, no es correcto por cuanto podrían estar sustrayendo la explicatividad de otras variables incluidas en el modelo y sesgarían los resultados alcanzados; (b) esta variable únicamente señala si los valores fiscales de una marca cartelizada y de una marca no cartelizada, del mismo año, son distintos; (c) las diferencias entre estos valores fiscales pueden no deberse a la infracción sino a diferencias entre los datos que comparan .

5. El modelo presenta graves problemas de especificación:

(i) Existe multicolinealidad (alto grado de correlación entre variables explicativas): las variables "año cártel", "año", "periodo afectado" sufren este problema, y lo mismo sucede con las variables "potencia en CV", "centímetros cúbicos" y "cilindros".

(ii) No se incluye el modelo de los vehículos, solo se controla la marca, y el modelo es altamente relevante en el análisis de los precios de los automóviles.

(iii) Las matriculaciones durante el periodo analizado son la única variable de demanda utilizada.

2.2. Técnica basada en medias estadísticas

Esta metodología subsidiaria tampoco es válida por las siguientes razones:

(i) los índices de precios empleados no son comparables, se comparan dos cosas distintas: por un lado, un índice elaborado a partir de valores fiscales de vehículos usados, obtenido a partir de las tablas del Ministerio de Hacienda, y construido únicamente para las marcas destinatarias de la Resolución, y, por otro lado, un índice

de precios de adquisición de vehículos nuevos, que hará referencia a todas las marcas que tenga en cuenta el INE en su construcción, dentro de las cuales existirá marcas cartelizadas y marcas que no lo son.

(ii) la metodología obvia características de los automóviles y variables de demanda y coste que son altamente relevantes en el precio. La simple comparación de dos índices no permite, como sí es posible con análisis econométricos, realizar una comparación de precios aislando el efecto que otras variables características, demanda y coste, tienen sobre éstos.

3. Valoración

El informe de la actora no puede ser acogido pues presenta deficiencias que impiden su asunción.

El informe de KPMG, como hemos visto, advierte y relaciona con detalle y bajo criterios técnicos cuáles son las deficiencias apreciadas, tanto en la base de datos empleada como en la aplicación de las dos metodologías.

Respecto a la base de datos, ésta es elaborada por los peritos a partir de los precios medios de venta publicados por el Ministerio de Hacienda a efectos fiscales y con motivo de la transmisión de vehículos. Y digo que la base de datos es elaborada por los peritos porque, tal y como explican en el informe, los datos publicados por el Ministerio de Hacienda han sido objeto de "diferentes caracterizaciones de los registros al objeto de enriquecerla para el posterior tratamiento". Pero, tal y como critica el informe de KPMG, el informe de Depericias no permite conocer qué concreto tratamiento se ha hecho de los datos. En este concreto procedimiento no declaró la perito de la demandante (D.^a Trinidad), pero la actora se remitió a la declaración realizada la perito en los procedimientos 341 y 292 del año 2022, y en estos procedimientos lo que declaró la Sra. Trinidad sobre el tratamiento de los datos es que se eliminaron los extremos (se entiende que ello habría afectado a los datos relativos a las marcas de lujo) y también los registros en los que falta alguno de los valores asignados a cada uno de los campos, pero nada se concreta en el informe al respecto, lo que afecta a la transparencia de la base de datos.

Por otro lado, los precios que publica el Ministerio de Hacienda se fijan a modo de medio de comprobación de valores, para liquidar el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. No son ni precios brutos ni precios netos pagados por los consumidores. Son precios medios de venta en el mercado de vehículos usados, pues hacen referencia a vehículos que ya han salido del concesionario, fijados para liquidar los impuestos citados. La finalidad de estas publicaciones no es mostrar una evolución de precios. Por el contrario, los valores se ven afectados por el correspondiente porcentaje de depreciación, por corresponder a vehículos usados, y los gráficos incluidos en el informe pericial de KPMG, página 92, muestra como los precios se mantienen constantes durante años. En definitiva, estos precios no recogen las fluctuaciones derivadas de la demanda y oferta.

El preámbulo de la Orden HAC/1275/2020, de 28 de diciembre, hace referencia al origen y justificación del establecimiento de estos precios medios de la siguiente forma (énfasis añadido):

"El artículo 57 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, establece como uno de los medios para la comprobación de valores el de precios medios en el mercado, que se ha considerado como idóneo para la comprobación de valores de los medios privados de transporte, aprobándose para cada ejercicio una Orden ministerial en la que se han recogido los precios en el mercado no solo de los automóviles de turismo, vehículos todo terreno y motocicletas, sino también los de las embarcaciones de recreo.

En aplicación de lo anterior, la Orden de 30 de enero de 1987 aprobó los precios medios de venta utilizables como medio de comprobación, tanto en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados como en el entonces Impuesto General sobre las Sucesiones. Dichos precios medios de venta han venido siendo actualizados en los últimos años por sucesivas Órdenes de este Ministerio. La última actualización realizada se ha llevado a efecto por la Orden del Ministerio de Hacienda HAC/1273/2019, de 16 diciembre, en la que se establecía, como se hace en esta Orden, que los precios medios de venta pudieran utilizarse como medios de comprobación del Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte. En el mismo sentido, la Orden de 4 de julio de 2001, por la que se aprueba el modelo de declaración-liquidación que debe utilizarse en las transmisiones de determinados medios de transportes usados sujetas al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, establece que para la práctica de la liquidación se podrán tomar en cuenta los precios medios de venta establecidos anualmente en Orden Ministerial.

Para la elaboración de las tablas de modelos y precios se han utilizado las publicaciones de las asociaciones de fabricantes y vendedores de medios de transporte, así como las indicaciones y características técnicas sobre nuevos vehículos aportadas por los propios fabricantes.

Esta Orden mantiene la tabla de porcentajes de depreciación contenida en el anexo IV de la Orden de 15 de diciembre de 1998, por considerar que sigue siendo adecuada a la realidad del mercado del automóvil y

a la depreciación que sufren los vehículos. Se incluyen bajo un mismo encabezamiento los datos técnicos correspondientes a los vehículos, con la potencia expresada en kilovatios (kW).

Como en años anteriores, se mantiene también como dato informativo e identificativo de los modelos, de acuerdo con la costumbre, la potencia de los motores en caballos de vapor (cv), por ser un dato de carácter comercial y general que sirve para identificar algunos de los modelos de automóviles, si bien no es en ningún caso una unidad permitida del Sistema Legal de Unidades de Medida (Ley 32/2014, de 22 de diciembre, de Metrología).

Asimismo, se conserva, como otro elemento para diferenciar algunos modelos de automóviles, cuya denominación se mantiene a lo largo del tiempo, el periodo de su comercialización, dado que algunos vehículos, aun siendo diferentes, mantienen su misma denominación comercial durante un gran número de años. A su vez, los precios medios de los diversos tipos de motocicletas (...)

Como el año anterior, en lo que se refiere al Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte, para adecuar dicha valoración a los criterios de la Unión Europea, se mantiene la fórmula que elimina del valor de mercado, a efectos de dicho impuesto, la imposición indirecta ya soportada por el vehículo usado de que se trate".

Llamativo es también, teniendo en cuenta que la cuota de mercado afectada por el cártel es del 91% y que esta base de datos se emplea sólo para vehículos cartelizados, que los peritos empleen 139.139 observaciones cuando informa KPMG que, según los informes que publica la Asociación Española de Fabricantes de Automóviles y Camiones (ANFAC), en 2013 hubo 722.689 matriculaciones de turismos y todoterrenos, y en el año 2014 hubo 855.308 matriculaciones.

Respecto a la técnica de medias estadísticas que compara el IPC y el Índice de Precios creado por los peritos, no son índices comparables. El índice de evolución de precios de las marcas cartelizadas ha sido creado *ad hoc* por los peritos a partir de los datos obtenidos de una base de datos que sólo incluye vehículos usados, por breve que sea su periodo de comercialización, y las características de demanda del mercado de vehículos usados no son las mismas que las del mercado de vehículos nuevos. Además, se trata de una base de datos que no es sensible a las fluctuaciones de la oferta y la demanda. Frente a ello, el IPC de automóviles nuevos sólo se refiere a vehículos de esta naturaleza, refleja la evolución de los precios e incluye marcas cartelizadas (en un 95% afirmó el perito de KPMG) y no cartelizadas. Por lo tanto, los índices no pueden ser comparados directamente.

En relación con este método, que el perito de KPMG, D. Hipolito, describió como "diferencia de medias", explicó el perito que la ponderación con las cifras manejadas en el informe de la demandante implica que las marcas no cartelizadas tendrían que haber bajado más de un 70%, lo que no ha ocurrido nunca en ningún mercado.

En relación con el modelo econométrico, el perito afirmó que se trata de un modelo de "diferencia en diferencias" cuyo problema fundamental es la composición de la muestra, que no compara la misma categoría de marcas en el periodo con infracción y sin infracción. Durante el periodo con infracción, las marcas comparadas son, fundamentalmente, las "premium", y en el periodo sin infracción se comparan marcas "populares". Y la demandante utiliza todos los datos del BOE sin tener en cuenta que los vehículos de marcas no "premium" se vieron afectados por la inflación en el periodo posterior a la infracción. De esta forma, resulta una diferencia de precio que no es debida al cártel sino a la composición de la muestra. Afirmó el perito que el problema podría haberse superado controlando el modelo por todas aquellas características que diferencian la muestra entre el periodo con infracción y el periodo con infracción, lo que no se ha hecho.

Por otro lado, explicó el perito, si se comparan marcas cartelizadas con marcas no cartelizadas, la evolución de ambos grupos tiene que ser parecida en el periodo sin infracción. Es lo que se llama la hipótesis de las tendencias paralelas. Las tendencias de ambas marcas tienen que ser paralelas. Esto significa que ambos grupos están afectados por las mismas variables de oferta y demanda. Se puede comparar marcas caras y baratas, por ejemplo, pero ello exige que sigan una tendencia paralela en el periodo sin infracción, y en este caso esa tendencia paralela no se acredita en el informe.

Finalmente, estimo oportuno mencionar que los peritos de la demandante parecen haber realizado su informe bajo la premisa de la existencia de daño. La conclusión de existencia de daño no es *ex post* informe sino *ex ante* informe. Así resulta de la declaración de la perito en los procedimientos referidos, en los que declaró:

"Lo que decimos en nuestro modelo es que por el hecho de compartir esa información y reducir la incertidumbre normal de una competencia perfecta se ha producido un aumento de los precios, independientemente del modelo que sea. Cualquier alejamiento, desequilibrio de libre competencia hace que los precios sean mayores".

"Que no hayan compartido los precios no quiere decir que esta actuación no tenga un impacto en precios. El impacto en los precios, como ya he dicho, está demostrado por la teoría económica; porque se muestra que, en competencia perfecta, el precio de equilibrio es el más bajo que se puede dar. Cualquier alejamiento de la

competencia perfecta, ya sea el monopolio duro, ya sea lo que sea, nos aleja de ese precio de equilibrio a un precio superior. Entonces, aunque no se hayan fijado precios, el impacto es una subida de precios".

Por todo lo expuesto, no puede ser asumido el informe de la demandante.

X. ESTIMACIÓN JUDICIAL DEL DAÑO

1. La no asunción del informe de la demandante plantea la posibilidad de acudir a la estimación judicial del daño.

2. En la **STS 948/2023, de 14 de junio**, razona el Tribunal Supremo (énfasis añadido):

"6.- La estimación del daño. 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.

7.- 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. Esta dificultad es un problema común a todas las valoraciones de daños y perjuicios que consisten en proyecciones de lo que habría sucedido si la conducta ilícita no hubiera tenido lugar. Así sucede, por ejemplo, en el caso del lucro cesante derivado de un ilícito. Como declaramos en la sentencia 913/2021, de 23 de diciembre (ECLI:ES:TS:2021:4948), "la existencia y cuantía del lucro cesante no deja de ser una hipótesis precisada de una demostración adaptada a su naturaleza de probabilidad más o menos intensa de acuerdo con las reglas de la experiencia teniendo en cuenta lo que normalmente habría sucedido en la mayoría de los casos (id quod plerumque accidit)".

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.*

8.- La preocupación por las dificultades que presenta la cuantificación del daño ocasionado por las conductas infractoras del Derecho de la competencia, que pueden ser un obstáculo significativo para el resarcimiento de tales daños y la consecuente eficacia del derecho de los perjudicados al resarcimiento de esos daños, aparece en la Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 TFUE y la Guía práctica que le acompañaba, y se reflejó también en los considerandos de la Directiva (por ejemplo, apartados 45 y 46).

9.- 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".

La posterior *STJUE de 16 de febrero de 2023* (asunto C-312/21, Tráficos Manuel Ferrer, ECLI:EU:C:2023:99), en su apartado 53, *ha ceñido* la aplicación de *las facultades de estimación del juez* en este campo a "situaciones en que, *una vez acreditada la existencia de ese perjuicio* respecto de la parte demandante, sea *prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlo*".



En esta última sentencia, el TJUE afirma que " *en el supuesto de que la imposibilidad práctica de evaluar el perjuicio se deba a la inactividad de la parte demandante, no corresponderá al juez nacional sustituir a esta parte ni suplir su falta de acción*" (apartado 57).

10.- En el presente caso, como ya se ha expresado, hay prueba suficiente de que el cártel causó daños, consistentes fundamentalmente en que los compradores de los camiones pagaron un sobreprecio derivado de la artificial elevación de los precios provocada por el cártel. Sin embargo, no hay prueba suficiente de cuál ha sido el importe del sobreprecio porque los tribunales de instancia han considerado que ese extremo no ha quedado probado por el informe pericial presentado por el perjudicado, que estiman inidóneo para realizar esta cuantificación.

Para decidir si el ejercicio de facultades de estimación del daño realizado en la sentencia apelada ha sido correcto, hay que valorar, siguiendo los criterios fijados en la STJUE de 16 de febrero de 2023 citada, si la imposibilidad práctica de valorar el daño se debió a la inactividad del perjudicado. Y para realizar esta valoración no bastan las consideraciones generales o abstractas, sino que hay que atender a las circunstancias concretas del litigio.

11.- Es cierto que *la citada STJUE de 16 de febrero de 2023 hace referencia a la facultad* que el art. 5.1 de la Directiva, traspuesto al Derecho interno en los arts. 283.bis.a) y ss. LEC, otorga al demandante *de solicitar la exhibición de pruebas* por el demandado y por terceros, fundamentalmente de documentos. Pero *tal referencia ha de entenderse* en el contexto de una cuestión prejudicial en la que, como dato relevante, se exponía que se había realizado tal *exhibición de pruebas* (que no había conseguido aportar ningún dato relevante para la cuantificación del daño), y *no como indicación de que ese fuera el único medio que tiene el demandante para demostrar que no ha sido pasivo en la prueba del importe del daño.*

El juez nacional debe valorar los elementos pertinentes, dadas las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado, para juzgar el esfuerzo probatorio desplegado por el perjudicado. Entre ellos se encuentra, como uno más de los posibles y no como una exigencia de carácter ineludible, haber hecho uso de las diligencias de acceso a las fuentes de la prueba. Por tanto, esa referencia que hace la citada STJUE a la solicitud de exhibición de pruebas no supone que, de no haberse formulado tal solicitud, necesariamente la falta de prueba sobre el importe del daño sea atribuible a la inactividad del demandante.

Y, en cualquier caso, para este juicio sobre la suficiencia del esfuerzo probatorio hemos de situarnos en el momento en que se presentó la demanda, para no caer en un sesgo retrospectivo.

12.- En un caso como el presente, no consideramos que pueda apreciarse una inactividad probatoria del demandante que hiciera improcedente la estimación que los tribunales de instancia han hecho del daño, porque no conste que el demandante, un camionero que reclama el daño consistente en el sobreprecio por la compra de un camión, haya acudido a los mecanismos de acceso a las fuentes de prueba para que un perito pudiera realizar un informe basado en una realidad más próxima a la adquisición de su camión.

El demandante presentó un informe pericial basado en estudios académicos y estadísticos, que empleaba como soporte en gran medida el denominado estudio Oxera de 2009, encargado por la Comisión Europea. El tribunal de apelación, como muchas otras Audiencias, ha desechado este informe porque los estudios de investigación en los que se basaba habían sido realizados con una finalidad ajena a la concreta cuantificación de un daño, sin que sus conclusiones puedan extrapolarse sin más a cualquier caso (al margen de las características del cártel y de los productos afectados) por remisión a una media ponderada. Obviamente, el presente caso se sitúa dentro de la primera oleada de reclamaciones judiciales por este cártel en España, cuando todavía no se habían generalizado estas valoraciones judiciales que negaban eficacia de los métodos estadísticos para valorar concretos daños causados en la adquisición de un vehículo afectado por el cártel.

Aunque la Guía práctica contenía alguna indicación sobre la inidoneidad de estos métodos estadísticos, la propia Guía contenía dos advertencias importantes: su falta de carácter vinculante y una alusión a la posibilidad de que en las jurisdicciones nacionales se acogieran criterios más pragmáticos.

13.- 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. Se trata de un cártel de 14 años de duración, que abarcaba todo el EEE y en el que los participantes en el cártel eran los mayores fabricantes europeos con una cuota de mercado de aproximadamente el 90%; con documentos redactados en varios idiomas distintos del propio del demandante; con una solicitud de clemencia y una transacción que obstaculizan aún más la obtención de los documentos relevantes (art. 283.bis.i. 6 LEC). Estas características del cártel y la propia la dificultad de precisar y encontrar la documentación que pudiera ser relevante en la práctica deben relacionarse con al existencia de un escaso plazo legal de 20 días para presentar la demanda tras la práctica de la medida de acceso a las fuentes de prueba (art. 283.bis.e. 2 LEC).

Sin que además podamos obviar la desproporción que se advierte fácilmente, en un caso como este (en que un camionero reclama por el sobreprecio pagado por la compra de un camión), 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.

En este sentido, el apartado 124 de la Guía práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea considera relevante los costes y el tiempo que exige la consecución de estos datos y su proporcionalidad en relación con el valor de los daños y perjuicios que se reclaman. Se afirma en este apartado de la Guía Práctica: "Los costes y la carga para una parte perjudicada y su proporcionalidad pueden ser particularmente relevantes habida cuenta del principio de efectividad".

También es relevante que en aquel momento existía un consenso general sobre la duración del plazo de ejercicio de la acción (un año, con base en el art. 1968.2 del Código Civil, contado desde la publicación del resumen de la Decisión en el DOUE), que dejaba poco margen para la realización de informes periciales más elaborados.

14.- Esta valoración viene avalada por la interpretación sistemática y teleológica del art. 101.1 TFUE y la necesidad de garantizar su plena eficacia y del efecto útil, por la que los órganos jurisdiccionales nacionales también deben velar, según resulta de la jurisprudencia reiterada del TJUE. Como afirmó la STJUE de 12 de noviembre de 2019 (asunto C-435/18, Otis y otros, ECLI: EU:C:2019:1069):

"21 [...] el artículo 101 TFUE, apartado 1, tiene efecto directo en las relaciones entre particulares y crea derechos en favor de los justiciables que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar (sentencias de 20 de septiembre de 2001, Courage y Crehan, C-453/99, EU:C:2001:465, apartado 23, y de 14 de marzo de 2019, Skanska Industrial Solutions y otros, C-724/17, EU:C:2019:204, apartado 24 y jurisprudencia citada).

"22 La plena eficacia del artículo 101 TFUE y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1 se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la competencia (sentencias de 20 de septiembre de 2001, Courage y Crehan, C-453/99, EU:C:2001:465, apartado 26, y de 14 de marzo de 2019, Skanska Industrial Solutions y otros, C-724/17, EU:C:2019:204, apartado 25 y jurisprudencia citada). [...]

"24 El derecho de cualquier persona a solicitar la reparación de tal daño refuerza, en efecto, la operatividad de las normas de competencia de la Unión y puede desalentar los acuerdos o prácticas, a menudo encubiertos, que puedan restringir o falsear el juego de la competencia, de modo que contribuye al mantenimiento de una competencia efectiva en la Unión Europea (sentencia de 5 de junio de 2014, Kone y otros, C-557/12, EU:C:2014:1317, apartado 23 y jurisprudencia citada)" [...]

"26 Por ello, la normativa de los Estados miembros debe tener en cuenta en particular el objetivo perseguido por el artículo 101 TFUE, que pretende garantizar el mantenimiento de una competencia efectiva y no falseada en el mercado interior y, de este modo, asegurar que los precios se fijan en función del juego de la libre competencia. Para garantizar esta efectividad del Derecho de la Unión el Tribunal de Justicia ha declarado, como se recordó en el apartado 23 de esta sentencia, que las normas nacionales deben reconocer a cualquier persona el derecho a solicitar una reparación del perjuicio sufrido (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de junio de 2014, Kone y otros, C-557/12, EU:C:2014:1317, apartado 32 y jurisprudencia citada)". Y para garantizar el cumplimiento de estos objetivos, el TJUE fija los criterios a que deben atender las normas nacionales relativas al modo de ejercicio del derecho a solicitar la reparación del daño:



"25 A este respecto, y específicamente en el ámbito del Derecho de la competencia, las normas nacionales relativas al modo de ejercicio del derecho a solicitar la reparación del daño resultante de un acuerdo o práctica prohibidos por el artículo 101 TFUE no deben menoscabar la aplicación efectiva de dicha disposición (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de junio de 2014, Kone y otros, C-557/12, EU:C:2014:1317, apartado 26 y jurisprudencia citada). [...]

"27 Debe señalarse asimismo que, como destacó también la Abogada General, en síntesis, en el punto 78 de sus conclusiones, tanto la garantía de la plena eficacia y del efecto útil del artículo 101 TFUE como la protección eficaz contra las consecuencias perjudiciales de una infracción del Derecho de la competencia se verían gravemente menoscabadas si la posibilidad de reclamar resarcimiento por los perjuicios causados por un cártel se limitara a los proveedores y compradores del mercado afectado por el cártel. En efecto, ello privaría inmediata y sistemáticamente a las víctimas potenciales de la posibilidad de reclamar resarcimiento".

Prevenir este riesgo de menoscabo del objetivo de una "protección eficaz contra las consecuencias perjudiciales de una infracción del Derecho de la competencia" resulta particularmente relevante a la vista de la finalidad a que responde esta participación del sector privado en ese objetivo. Participación que, como ha declarado la STJUE de 10 de noviembre de 2022 (asunto C-163/21, Paccar, ECLI: EU:C:2022:863), "no solo permite poner remedio al daño directo que la persona en cuestión alega haber sufrido, sino también a los daños indirectos causados a la estructura y al funcionamiento del mercado, que no ha podido desplegar su plena eficacia económica, en particular en beneficio de los consumidores afectados (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2021, Sumal, C-882/19, ECLI: EU:C:2021:800, apartado 36)" (p.56).

15.- La sentencia de esta sala 651/2013, del cártel del azúcar, declaró que "[l]o exigible al informe pericial que aporte la parte perjudicada es que formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos".

Pero esa afirmación no se hizo para establecer un requisito imprescindible para que el perjudicado obtenga una indemnización de los daños provocados por el cártel, sino como fundamento de la aceptación por el tribunal de la valoración de los daños del informe pericial presentado por el perjudicado en aquel litigio, que era impugnado por las empresas participantes en aquel cártel porque contenía errores en la valoración del daño. Por esa razón afirmamos, a continuación, que "el informe del perito de las demandantes contiene ambos elementos y que por tanto, a falta de otra hipótesis alternativa que pueda considerarse mejor fundada, la valoración de los daños realizada en dicho informe ha de considerarse razonable y acertada".

El hecho de que la Audiencia Provincial no haya aceptado en este caso el informe pericial no supone que haya existido una inactividad probatoria del demandante que impida hacer uso de las facultades estimativas, habida cuenta de las dificultades que las circunstancias concurrentes en el cártel suponían para que el demandante pudiera probar el importe del daño.

No deja de ser significativo que incluso en el caso Royal Mail/British Telecom, enjuiciado por el Competition Appeal Tribunal británico [CAT, Case N° : 1290/5/7/18 (T)], en el que sí hubo un amplio acceso a los documentos de la demandada y a la información reservada del expediente de la Comisión y se aportaron detallados informes periciales elaborados por prestigiosos peritos, no ha sido posible la cuantificación exacta del daño con base en esas pruebas documentales y periciales y el tribunal ha debido recurrir a la estimación del daño, que ha fijado en un 5% del precio de los camiones.

16.- La conclusión de lo anterior es que la actividad probatoria desplegada por el demandante, en concreto la presentación del informe pericial con la demanda, pese a que dicho informe no resulte convincente, en este caso y a la vista del estado de la cuestión y de la litigación cuando fue presentada la demanda, puede ser considerada suficiente para descartar que la ausencia de prueba suficiente del importe del daño se deba a la inactividad del demandante. Y estando probada la existencia del daño, justifica que el tribunal haya hecho uso de facultades estimativas para fijar la indemnización.

La descripción en la Decisión de la conducta infractora es base suficiente para presumir la existencia del daño, dadas las características del cártel descrito (objeto, participantes, cuota de mercado, duración, extensión geográfica), mediante la aplicación de las reglas del raciocinio humano para deducir de esos datos la existencia del daño.

Estas circunstancias descritas en la Decisión son también suficientes para entender que ese daño no fue insignificante o meramente testimonial. Lo que no ha resultado probado en este caso es que el importe de ese daño haya sido superior al 5% del precio del camión, que es el porcentaje que el tribunal de segunda instancia considera como importe mínimo del daño, atendidas las referidas circunstancias del cártel y los datos estadísticos sobre los porcentajes de sobreprecio que suelen causar los cárteles, en aplicación de las



facultades estimativas que el ordenamiento jurídico le atribuía antes incluso de la trasposición de la Directiva, como consecuencia directa del principio de indemnidad derivado de los arts. 1902 CC y 101 TFUE.

De tal forma que, mientras no se acredite que el importe del daño ha sido superior a ese porcentaje mínimo del 5%, el demandante no puede pretender una indemnización superior a ese porcentaje.

Lo anterior no impide tampoco que el demandado pueda acreditar que el daño fue inferior a ese porcentaje mínimo, lo que no consta en este caso. pues en el informe pericial presentado por la demandada, cuya eficacia probatoria ha sido descartada por los tribunales de instancia, no se contiene una valoración alternativa del daño, sino que se limita a desvirtuar la presentada de contrario".

3. Valoración

En este caso, considero que la actividad probatoria desplegada por la demandante ha sido suficiente para descartar que la ausencia de prueba suficiente del importe del daño se deba a la inactividad del demandante, lo que autoriza acudir a la estimación judicial del daño.

Concretamente, la demandante ha presentado un informe pericial; los peritos han utilizado bases de datos públicas, han aplicado una metodología y obtenido unas conclusiones fundadas en la misma.

La base de datos y la metodología, o su aplicación, han merecido las críticas expuestas, pero ello no anula el esfuerzo probatorio de la demandante. De hecho, el informe pericial de la demandada ha merecido similares críticas y no se pone en duda su esfuerzo por negar la existencia de daño.

En relación con la posibilidad de solicitar acceso a fuentes de prueba, el hecho de que la demandante no haya utilizado esta herramienta procesal no puede considerarse que merme su esfuerzo probatorio cuando ni siquiera la base de datos de la demandada puede considerarse certera y ha admitido su perito la dificultad de recuperar los datos históricos. En estas circunstancias, exigir a la demandante solicitar a la demandada acceso a fuentes de prueba sería incluso incoherente con las conclusiones alcanzadas sobre la base de datos de la propia demandada.

Por todo lo expuesto, recurro a la estimación judicial del daño, fijando el mismo, en aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo, en un 5% del precio de adquisición del vehículo.

XI. 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 TFUE, 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 sobrepeso).

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 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).

XII. 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. Víctor Enrique Mardomingo Herrero, en nombre y representación de D.^a Constanza , frente a AUTOMÓVILES CITROËN ESPAÑA S.A., y así:

1. Condenar a la demandada a abonar a la demandante el **cinco por ciento (5%) del precio de adquisición (excluidos impuestos)** 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.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma **no cabe recurso alguno.**

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

La Magistrada-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.