



Roj: **SAP Z 2051/2023 - ECLI:ES:APZ:2023:2051**

Id Cendoj: **50297370052023100452**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **5**

Fecha: **22/11/2023**

Nº de Recurso: **297/2023**

Nº de Resolución: **530/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MANUEL DANIEL DIEGO DIAGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Intervención: Interviniente: Abogado: Procurador:

Apelante María Dolores MARÍA PILAR AISA MORENO EVA CAPABLO MAÑAS

Apelado VELCONI SA GUILLERMO SINUÉS ARMENGOL MARIA BELEN OBON DIAZ

Apelado FIAT GROUP AUTOMOBILES SPAIN SA JON AURREKOETXEA GARAI CARLOS BERDEJO GRACIAN

SENTENCIA núm 000530/2023

Presidente

DON ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER

Magistrados

DON JUAN CARLOS FERNANDEZ LLORENTE

DON MANUEL DANIEL DIEGO DIAGO (Ponente)

En Zaragoza, a 22 de noviembre del 2023

En nombre de S.M. el Rey,

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Quinta, de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA, los Autos de Juicio verbal (250.2) 0000171/2023 - 0, procedentes del JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE ZARAGOZA, a los que ha correspondido el Rollo **RECURSO DE APELACION (LEC) 0000297/2023**, en los que aparece como parte *apelante* DOÑA **María Dolores**, representado por la Procuradora de los tribunales DOÑA EVA CAPABLO MAÑAS, y asistido por la Letrada DOÑA MARÍA PILAR AISA MORENO; y como parte *apelada*, **VELCONI SA, y FIAT GROUP AUTOMOBILES SPAIN SA** representado por la Procuradora de los tribunales, DOÑA MARIA BELEN OBON DIAZ, y DON CARLOS BERDEJO GRACIAN, respectivamente, y asistido por el Letrado DON GUILLERMO SINUÉS ARMENGOL, y DON JON AURREKOETXEA GARAI; siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. DON MANUEL DANIEL DIEGO DIAGO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la **sentencia** apelada de fecha 16 de junio del 2023, cuyo FALLO es del tenor literal:

"Que desestimando la demanda interpuesta por María Dolores contra Fiat Group Automobiles Spain SA y Velconi SA debo absolver y absuelvo a la parte demandada de los pedimentos de la parte actora. Todo ello sin hacer expresa condena en costas."

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación procesal de DOÑA María Dolores; se interpuso contra la misma recurso de apelación.



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

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

No considerando necesaria la celebración de vista, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 21 de noviembre de 2023.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

PRIMERO. - Por D^a María Dolores , se interpuso, contra VELCONI S.A y FIAT GROUP AUTOMOBILES SPAIN S.A., demanda interesando la condena a las demandadas a indemnizar a la demandante en la cantidad de 5.846,10 euros, más los intereses legales y con expresa condena en costas. Alegó:

- La actora, como consumidora y usuaria formalizó contrato de compraventa con el concesionario de la marca Fiat, VELCONI S.A. en Zaragoza, con los siguientes datos: Marca: Fiat; Modelo: 500 1.4 100 cv Lounge; N^o de bastidor: NUM000 ; Fecha: 30/06/2009; precio: 13.600 euros; MatrículaDKF . Aporta: copia del justificante de transferencia; permiso de circulación; tarjeta de Inspección Técnica del vehículo; propuesta de pedido.

- La actora sufrió daños derivados de la práctica ilícita llevada a cabo por la demandada como consecuencia del cártel de fijación de precios en el que participó. Se ejercita acción de resarcimiento de daños frente a las demandadas por su relación con la infracción de las normas de la competencia, con base en la resolución de fecha 23 de julio de 2015 en la que la CNMC resuelve el expediente NUM001 , Fabricantes de automóviles contra diversas empresas por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989), en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

- La actora se vio en la obligación de costear el encargo y elaboración de un informe pericial para determinar el valor del daño, que efectuó D. Jesús María , ascendiendo los daños: a) un sobrecoste de 3.808,01 euros; b) Intereses legales, actualizados a fecha 24 de marzo de 2023, de 2.038,09 euros, es decir un total 5.846,10 euros.

- En aras de alcanzar un acuerdo extrajudicial y evitar costes judiciales innecesarios se procedió al envío de burofax a las demandadas, interrumpiendo así la prescripción.

La demandada "VELCONI, S.A." se opuso a la demanda y alegó:

- Falta de legitimación pasiva ad causam:

* Es una concesionaria autorizada, con el carácter de no exclusiva, para la venta de los vehículos nuevos de la marca FIAT que son diseñados, desarrollados, fabricados y distribuidos en España por FIAT GROUP AUTOMOBILES SPAIN, S.A, según contrato que aporta de fecha 1 de octubre de 2014.

* Es un concesionario autónomo e independiente de la fabricante, de quien está totalmente desvinculado en cuanto a dirección, organización y medios, no estando vinculada societariamente a FIAT GROUP AUTOMOBILES SPAIN, S.A.

* VELCONI, S.A. no se encuentra entre las entidades que fueron sancionadas por las autoridades de la competencia por su participación en el cártel.

* Conforme a la resolución y sentencias tan solo las empresas fabricantes multinacionales que fueron sancionadas en el expediente instruido por la CNMC podrán ser objeto de una hipotética reclamación por los supuestos daños y perjuicios derivados de los actos que fueron objeto de análisis.

* Reitera que VELCONI, S.A. ni es una de las entidades mencionadas en la Decisión, ni está relacionada con ninguna de ellas por vínculo alguno que no sea contractual. No está participada por las matrices de las marcas sancionadas o por las filiales de estas, no forma parte de su grupo empresarial y, por ello no puede estimarse que forme una entidad económica con ellas. Por tanto, queda completamente extraña al ámbito de la decisión y de la consideración como una unidad económica con las marcas sancionadas (sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2021 -Gran Sala-, Asuntos C-882/19)



* La demandante debe acreditar la participación de Velconi SA en la conducta ilegal sancionada por la CNMC, extremo ése que, ni tan siquiera de forma indiciaria, trata ni en su demanda ni tampoco en el informe pericial que aporta.

- Velconi SA no formó parte del expediente seguido ante la Comisión ni consta como destinataria, ni como infractora, ni como responsable, de las conductas anticompetitivas sancionadas por la resolución, no teniendo ninguna participación en la conducta generadora del daño cuya indemnización se reclama.

* No pertenece al Grupo FIAT GROUP AUTOMOBILES SPAIN, S.A., no ha participado en la determinación del precio de los vehículos adquiridos por la actora, limitándose su intervención a la venta del vehículo por el precio determinado por la fabricante.

* No ha participado en las infracciones del derecho de la competencia, no acreditándose de contrario que VELCONI, S.A. cumpla con los requisitos exigidos para la reclamación de los daños y perjuicios que se dicen irrogados a la parte actora.

* No es posible predicar la legitimación pasiva de VELCONI, S.A. cuando lo único que consta es su intervención como vendedora de un vehículo por el precio fijado por la fabricante, conforme al contrato de concesión.

* La sola la condición de concesionaria de mi patrocinada no permite asignarle la condición de sociedad responsable de los daños que, en su caso, traigan causa de la actuación anticompetitiva de la fabricante, lo que comporta que no se haya cometido ninguna de las conductas que darían soporte o antecedente a la reclamación, ya que: (i) la acción ejercitada no deriva del incumplimiento contractual, sino de los daños derivados de actos contrarios a la competencia, de naturaleza distinta.

* La demandante no concreta ni identifica, y menos aún prueba, los distintos elementos para que pueda predicarse la responsabilidad de mi representada, siendo el primero de ellos la existencia de una infracción de la normativa de competencia.

La demandada FIAT GROUP AUTOMOBILES SPAIN S.A (ACTUALMENTE, FIAT CHRYSLER AUTOMOBILES SPAIN, S.A.) se opuso a la demanda y alegó:

- Sobre la Resolución de la CNMC:

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

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

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

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

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

- La demandante no ha cumplido con la carga de acreditar que los intercambios de información provocasen sobreprecio en la compra del vehículo del demandante en el mercado minorista y menos aún su cuantificación.

- Reitera que no es plausible que los Intercambios de Información provocaran que los adquirentes de vehículos en el mercado minorista acabaran pagando ningún sobrecoste.

- Disconformidad con la solicitud de abono del interés legal desde la fecha de adquisición del Vehículo del suplico de la demanda, es decir, respecto de la pretensión de capitalización del supuesto daño con base en el interés legal. El IPC encajaría mejor con el objetivo de traer a valor presente la cantidad de dinero de un período



anterior. Procedería considerar un método de capitalización simple, para evitar una sobrecompensación al Demandante por encima del poder adquisitivo.

- Anunció informe pericial.

- En la fundamentación jurídica opuso la excepción de prescripción de la acción del art. 1902 CC por transcurso de un año desde la publicación el 15/9/2015 de la resolución administrativa que declara la existencia del ilícito antitrust.

La sentencia de instancia:

- Desestimó la demanda frente a VELCONI S.A. A tales efectos argumentó: "No se acredita práctica alguna colusoria por parte del concesionario demandado, estando justificado únicamente que la parte demandada, como concesionario independiente, vendía productos de la marca Fiat, entre los que está el vehículo de autos. No consta con el fabricante otra relación jurídica que la de concesionario-fabricante, esto es, no consta probado que forme parte de la unidad económica integrada por FIAT GROUP AUTOMOBILES SPAIN, S.A., que fue la sancionada por la resolución de la CNMC, ni tampoco que esté participada por alguna de las matrices destinatarias de la indicada resolución o por cualquiera otra de sus filiales. En consecuencia, no puede estimarse la demanda contra Velconi SA"

- Desestimó la demanda frente a Fiat Group Automobiles Spain SA por apreciar que la acción estaba prescrita.

- No impuso costas.

La demandante interpuso recurso de apelación, única y exclusivamente, en relación al pronunciamiento del Tribunal que considera la acción prescrita. Fueron motivos/argumentos del recurso:

- No puede hacerse responsable a un ciudadano medio del conocimiento del dies a quo de su derecho a obtener una indemnización por haber sido objeto de prácticas abusivas, con base en las publicaciones en la web de la Comisión, noticias de prensa o, entre otros, publicidad de algunos despachos de abogados.

- La resolución, en ese momento no era aún firme y fue objeto de recurso contencioso administrativo, nº de recurso 2720/2020, resuelto en fecha 13 de mayo de 2021. Y, es evidente, que aún entonces podría haber sido revocada la resolución punitiva. Y, de ser así, no habría tenido razón de ser la demanda interpuesta. Tal y como así sucedió en múltiples procedimientos que tuvieron que ser suspendidos, por prejudicialidad, a la espera de la resolución final.

- La demandante esperó a hacer valer los derechos que la asisten cuando ya era firme la decisión sancionadora, refrendada por la resolución judicial del recurso contencioso administrativo. Fue en ese momento en el que la sanción impuesta contra la infracción cometida quedó plenamente refrendada. Y, fue en ese momento cuando se pudo proceder a valorar el daño efectivo sufrido, debiendo incurrir en cuantiosos gastos periciales y procesales necesarios.

- Y fue en ese momento, y solo entonces, cuando se pudo dar inicio al cómputo del plazo de prescripción de la acción de daños.

- Se remite a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en adelante TJUE, de fecha 22 de junio de 2022.

- Por tanto, en aplicación del artículo 1968.2 del Código Civil, en el que se establece un año como plazo de prescripción, la acción aquí ejercitada no puede ser considerada prescrita. Es más, la misma sentencia del TJUE mencionada ut supra, indica que el plazo de prescripción aplicable será el fijado en la norma de trasposición, es decir, el de cinco años previsto por el artículo 74.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, de forma que el plazo de prescripción quedaría ampliado aún más, hasta mayo de 2026.

- Reitera sus argumentos sobre el fondo.

- La apreciación de la prescripción vulnera frontalmente el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante ya que considerar la determinación del dies a quo, o día inicial para el cómputo del plazo de prescripción de la acción de daños, el día de la publicación de la Resolución sancionadora a la empresa acusada de prácticas cartelistas, supondría hacer prácticamente imposible, o excesivamente difícil, el ejercicio de esa acción para el particular.

Las demandadas VELCONI S.A y FIAT GROUP AUTOMOBILES SPAIN S.A se opusieron al recurso.

Manifestar respecto a la oposición al recurso formulada por parte de VELCONI S.A. que, frente a la demanda contra ella interpuesta, opuso la excepción de falta de legitimación pasiva. La sentencia de primera instancia entró a analizar tal excepción y en su fundamento de derecho segundo asume el criterio de la demandada

y afirma con claridad que no puede estimarse la demanda contra Velconi SA. Tal pronunciamiento fue consentido por la parte demandante que tan solo combatió el pronunciamiento sobre prescripción de la acción, que afectaba exclusivamente a FIAT GROUP AUTOMOBILES SPAIN S.A.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.1. La sentencia recurrida, en armonía con lo sostenido por la parte demandada, parte de la base de que, al ser aplicable por razones temporales el art. 1902 CC y no la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2014/104 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (en adelante, la Directiva), el plazo de prescripción de la acción ejercitada sería de un año, conforme al art. 1968-2 CC.

2.2. No obstante, la Directiva distingue entre las normas sustantivas y las normas procesales (art. 22), de tal manera que, mientras establece la irretroactividad de las disposiciones sustantivas (art. 22.1), para las normas procesales prevé que los Estados miembros puedan establecer que sean aplicables a las acciones de daños ejercitadas con posterioridad al 26 de diciembre de 2014 (art. 22.2). Para lo cual, ha de tenerse en cuenta que para resolver la cuestión relativa a si una norma tiene naturaleza sustantiva o procesal ha de estarse al Derecho de la Unión. Del mismo modo que también corresponde al Derecho de la Unión la determinación del alcance general de la irretroactividad previsto en el art. 22.1 de la Directiva (STJUE de 22 de junio de 2022, C-267/20, DAF & Volvo) ...

...2.3. En la mencionada sentencia de 22 de junio de 2022, el TJUE consideró relevante que la "consolidación" de las situaciones jurídicas tenga en cuenta, como hito temporal para determinar la irretroactividad, la fecha límite para la transposición de la Directiva. Desde el vencimiento del plazo de transposición procedería la interpretación del Derecho nacional conforme a la Directiva ("de tal forma que la situación en cuestión resulte inmediatamente compatible con las disposiciones de dicha Directiva sin proceder, no obstante, a una interpretación contra legem del Derecho nacional").

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

2.4. Ante la falta de una regulación específica en la Directiva sobre el régimen de aplicación temporal, el TJUE considera que la circunstancia relevante para determinar el derecho intertemporal en materia de prescripción es el dies ad quem de las acciones ("procede examinar si, en la fecha de expiración del plazo de transposición de la Directiva 2014/104, a saber, el 27 de diciembre de 2016, se había agotado el plazo de prescripción aplicable a la situación de que se trata en el litigio principal", 49). Y en consonancia con el art. 1968.2 CC, el TJUE considera que el dies a quo sería el momento en que el demandante "tuviera conocimiento de los hechos de los que nace la responsabilidad [...que] implican el conocimiento de la información imprescindible para ejercitar una acción por daños" (p. 51).

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

2.5. El carácter sustantivo de la norma sobre prescripción no permite la reactivación de acciones ya extinguidas de acuerdo con el régimen legal precedente, pero sí permite valorar la aplicabilidad de las nuevas reglas a acciones vivas, aún no ejercitadas en el momento de la entrada en vigor de la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia (caso objeto del procedimiento), en la medida en que el plazo de prescripción aplicable a esa acción en virtud de la regulación anterior no se había agotado antes de que expirara el plazo de transposición de la misma Directiva (27 de diciembre de 2016). El apartado 74 de la STJUE describe este supuesto como la situación que sigue surtiendo sus efectos después de que hubiese expirado el plazo de transposición de la Directiva (incluso después de la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2017, que transpone la Directiva).



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Y concluye:

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Frente a la resolución de fecha 23 de julio de 2015 dictada por el Consejo de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente NUM001 FABRICANTES DE AUTOMOVILES interpuso recurso contencioso administrativo que fue resuelto por sentencia de la Audiencia Nacional, Contencioso sección 6 del 19 de diciembre de 2019 (ROJ: SAN 5027/2019) en cuyo fundamento de derecho quinto y siguientes constan las alegaciones de la recurrente y entre ellas:

"La resolución que impugnan incurre en causa de nulidad por sustentar la existencia del supuesto cártel en informaciones erróneas y/o infundadas aportadas por el solicitante de clemencia, en vulneración de los principios de presunción de inocencia e in dubio pro reo,

Niegan la existencia del cártel que advierte la CNMC, criticando por insuficientes las pruebas en que pretende sustentarse su participación en el mismo. De este modo, denuncian la debilidad de la prueba de cargo al afirmar que "no consta prueba directa alguna que acredite que las Marcas hubieran alcanzado directa o tácitamente acuerdos -o cualquier otro tipo de concertación o entendimiento común entre ellas- cuya finalidad fuera restringir la competencia en los mercados afectados por los Intercambios de Información"; y niegan que pueda atribuirse esa eficacia a la solicitud de clemencia presentada por SEAT.

La decisión que recurren es también nula "... por subsumir los intercambios de información dentro de la figura jurídica del cártel, en vulneración del principio de tipicidad"

La mercantil recurrente no niega su participación en el intercambio de información si bien entiende que, en ningún caso, ese intercambio podía ser constitutivo de un acuerdo colusorio

Cuestionan las entidades aquí recurrentes la posibilidad de que los intercambios de información pudieran subsumirse bajo la figura de cártel.



Sostienen la ausencia de producción de efectos en el mercado de los intercambios de información que se le atribuyen.

La resolución recurrida es nula, además, al calificar los tres intercambios de información como infracción única y continuada y "... no acreditar de manera suficiente la razón por la que los distintos esquemas de los Intercambios de Información en los que intervinieron las Recurrentes constituirían una infracción única y continuada que debe enjuiciarse en su conjunto".

Y frente a dicha sentencia interpuso recurso de casación que fue resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo, Contencioso sección 3 del 13 de mayo de 2021 (ROJ: STS 2040/2021) en cuyo antecedente de hecho cuarto constan los motivos alegados por la recurrente y entre ellos:

1º) La sentencia recurrida es contraria a los artículos 1 LDC y 101 TFUE, así como a la jurisprudencia que los desarrolla al calificar la conducta sancionada como cártel, pues: i) no cabe considerar como cártel los intercambios de información que no comprendan referencias a intenciones de precios o cantidades futuras, los intercambios de información sancionados no se inscriben en el marco de un sistema infractor basado en acuerdos más amplios y al no haberse intercambiado precios o cantidades a futuro, ni por tanto información que permitiese a las marcas adaptar sus comportamientos futuros, sin que se haya podido apreciar ninguna intención en incrementar los precios (de hecho, los precios se redujeron), y al no concurrir un plan para la monitorización del supuesto acuerdo colusoria, las conductas enjuiciadas no pueden calificarse como cártel y ii) La calificación de los intercambios de información sancionados como cártel reposa en una interpretación expansiva y, por tanto, contraria a derecho de la disposición adicional 4.2 LDC, así como en la comunicación de clemencia, que también es contraria a derecho.

2º) La sentencia recurrida emplea un concepto de "infracción por objeto" indebido por expansivo, en tanto el elemento esencial para determinarla, como es la concurrencia de un grado de nocividad suficiente, ni estaba presente en los intercambios de información sancionados, ni se ha efectuado un análisis adecuado de tal nocividad.

Y con tales motivos de recurso hemos de concluir que estaba en discusión judicial la esencia de "los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar", por lo que sin perjuicio de la posibilidad de ejercitar la acción una vez conocida la Resolución sancionadora, asumiendo el riesgo de la inseguridad jurídica y de la desproporción de la capacidad económica entre los litigantes, a los efectos de articular medios de defensa (periciales) estimamos que no existía ni obligación de ejercicio desde el dictado de resolución sancionadora no firme, ni inicio del plazo prescriptivo.

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

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

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

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

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

TERCERO. - Resolución sancionadora y sentencias que la confirman.



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



perjudiciales, especialmente sobre los ciudadanos más desfavorecidos". Y ello porque, razona, la competencia real contribuye a proporcionar unas mejores condiciones de compra a los consumidores.

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

En la de la Audiencia Nacional:

"...de acuerdo con la Comunicación de la Comisión Europea (2011/ C 11/01) por la que establecen las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, publicada el día 14 de enero de 2011 en el DOUE, hay determinados intercambios de información que tienen altas probabilidades de desembocar en un resultado colusorio, por lo que constituyen una restricción de la competencia por objeto que por sus características deben ser calificados como cárteles.

Una valoración racional de toda esta prueba lleva necesariamente a concluir que nos encontramos ante una infracción por objeto constitutiva de cartel toda vez que los intercambios de información versaron sobre datos de naturaleza estratégica y comercial que no se podrían haber obtenido de otro modo, con aptitud per se para reducir la incertidumbre y favorecer la coordinación y el objetivo de restringir la competencia; con la consecuencia necesaria de que el consumidor no se benefició de los menores precios de mercado que pudieran resultar de políticas comerciales más agresivas consecuencia del desconocimiento de las propuestas de los competidores.

El carácter estratégico de los datos intercambios resulta también patente, y de forma especialmente relevante, en relación con la información suministrada sobre el sistema de retribución de las marcas a los concesionarios. Recordemos que el precio de venta recomendado comunicado por la marca es la cantidad que resulta de restar al precio franco fábrica la retribución fija. Así, el incentivo ligado a la retribución variable (rápel de volumen por cumplimiento de objetivos, o rápel ligados al cumplimiento de objetivos de ventas de modelos específicos, o rápel de regularidad) se presenta como el elemento competitivo principal entre los concesionarios. El intercambio de información sobre este último permitía conocer a las empresas participantes el precio final fijado por las distintas redes, disminuyendo así la competencia en el mercado.

Por todo lo expuesto, al margen de que no es comprensible una conducta de intercambio de información si no es bajo el prisma de tratar de uniformar las condiciones comerciales y eliminar la incertidumbre, y por ello, con el objeto de restringir, falsear o eliminar la competencia, lo cierto es que las conductas sancionadas tenían aptitud para distorsionar la libre competencia, y cualquiera de las entidades implicadas, desplegando la diligencia exigible, podía fácilmente concluir que tal comportamiento podía tener un efecto restrictivo de la competencia. Por ello la conducta es subsumible en el artículo 1 de la Ley 15/2007.

Configurada la infracción como una infracción por objeto, decaen los esfuerzos argumentales desplegados para justificar la inexistencia de efectos en el mercado y los dirigidos, en igual sentido, a denunciar que la CNMC ha incumplido con la carga de probar los efectos restrictivos de la competencia de los intercambios de información.

Como ha declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 1 de enero de 2019 (ROJ: STS 259/2019 - ECLI:ES:TS:2019:259), una vez establecida la conclusión de que nos encontramos ante una infracción por el objeto, no se precisa determinar los efectos negativos que la conducta infractora ha tenido o puede tener sobre el mercado ya que, por su propia naturaleza, son aptas para incidir en el comportamiento de las empresas en el mercado, ni es posible rebatir esta apreciación mediante observaciones basadas en que los acuerdos colusorios no tuvieron efectos relevantes en el mercado.

Así se desprende también de una abundantísima jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha sido recogida y aplicada por el Tribunal Supremo (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64 , Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 496; de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C-105/04 P, Rec. p. I-8725, apartado 125, y Beef Industry Development Society y Barry Brothers.

Por esta razón carece de transcendencia el informe pericial aportado por la recurrente para acreditar que los intercambios no produjeron efectos anticompetitivos en el mercado, sin perjuicio de los efectos mitigadores que dichas circunstancias puedan tener por lo que a la graduación de la sanción respecta.

En el cartel que ahora enjuiciamos consta que se adoptaron por diversas empresas, competidoras entre sí, varios acuerdos bajo el interés de una actuación común y preconcebida que afectaba a la competencia. Ello mediante el intercambio de información estratégica y comercialmente sensible que no podrían haber obtenido de otro modo, con aptitud per se para reducir la incertidumbre y favorecer la coordinación. El objetivo era sin



duda restringir la competencia, lo que permite encuadrar todas las conductas bajo el concepto de infracción única y continua, sin perjuicio de que en cada caso concreto se especifique el periodo de participación de cada una de las empresas a efectos de graduación de la sanción de multa, como así ha sucedido en relación con las ahora recurrentes.

En la del Tribunal Supremo:

Nos encontramos ante una infracción por objeto constitutiva de cartel toda vez que los intercambios de información versaron sobre datos de naturaleza estratégica y comercial que no se podrían haber obtenido de otro modo, con aptitud per se para reducir la incertidumbre y favorecer la coordinación y el objetivo de restringir la competencia; con la consecuencia necesaria de que el consumidor no se benefició de los menores precios de mercado que pudieran resultar de políticas comerciales más agresivas consecuencia del desconocimiento de las propuestas de los competidores.

El carácter estratégico de los datos intercambios resulta también patente, y de forma especialmente relevante, en relación con la información suministrada sobre el sistema de retribución de las marcas a los concesionarios. Recordemos que el precio de venta recomendado comunicado por la marca es la cantidad que resulta de restar al precio franco fábrica la retribución fija. Así, el incentivo ligado a la retribución variable (rápel de volumen por cumplimiento de objetivos, o rápel ligados al cumplimiento de objetivos de ventas de modelos específicos, o rápel de regularidad) se presenta como el elemento competitivo principal entre los concesionarios. El intercambio de información sobre este último permitía conocer a las empresas participantes el precio final fijado por las distintas redes, disminuyendo así la competencia en el mercado.

Por todo lo expuesto, al margen de que no es comprensible una conducta de intercambio de información si no es bajo el prisma de tratar de uniformar las condiciones comerciales y eliminar la incertidumbre, y por ello, con el objeto de restringir, falsear o eliminar la competencia, lo cierto es que las conductas sancionadas tenían aptitud para distorsionar la libre competencia, y cualquiera de las entidades implicadas, desplegando la diligencia exigible, podía fácilmente concluir que tal comportamiento podía tener un efecto restrictivo de la competencia. Por ello la conducta es subsumible en el artículo 1 de la Ley 15/2007.

En fin, debemos reiterar ahora la conclusión que expusimos en el F.J. 4º de nuestra sentencia nº 43/2019, de 21 de enero (casación 4323/2017), a la que ya nos hemos referido: "...en materia de defensa de la competencia, cuando se concluya que nos encontramos ante "infracciones por objeto" no es necesario analizar la incidencia que dicha conducta infractora tiene sobre el mercado, ya que por su propia naturaleza son aptas para incidir en el comportamiento de las empresas en el mercado, ni es posible rebatir esta apreciación mediante observaciones basadas en que los acuerdos colusorios no tuvieron efectos relevantes en el mercado".

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.

Así, de acuerdo con lo ya señalado, 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

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

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

En ella, también sostuvimos que aun siendo datos referidos al presente "se trata de una información con proyección futura" pues desvela elementos esenciales del precio que se puede aplicar en el futuro, lo que implica poner en conocimiento del competidor información que revela no solo la estrategia comercial actual sino la correspondiente a un futuro cercano, con el resultado objetivo de reducir la incertidumbre del comportamiento en el mercado, lo que permite alcanzar la conclusión, al igual que lo hicimos en

la citada sentencia, de que el intercambio de esta información constituye una práctica concertada que puede considerarse una infracción por el objeto ya que por su propia naturaleza era apta para incidir en el comportamiento de las empresas en el mercado.

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

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

En conclusión, el intercambio de información entre competidores implicó un aumento artificial de la transparencia en el mercado al desvelar factores relevantes relativos a los precios y condiciones comerciales que resulta incompatible con la exigencia de autonomía que caracteriza el comportamiento de las empresas en el mercado en un sistema de competencia real.

CUARTO. - La indemnización del daño.

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

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

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

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

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

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

Entre estas características pueden destacarse: la extensa duración del cártel, que se prolongó durante 14 años; en él estuvieron implicados los mayores fabricantes de camiones del EEE, con una cuota de mercado de aproximadamente el 90%; y su objeto fue la discusión y adopción de acuerdos sobre, entre otros extremos, la fijación de precios y el incremento de precios brutos. Como señala la Guía práctica de la Comisión "es probable



que, por regla general, los cárteles den lugar a costes excesivos y que cuanto más duradero y sostenible ha sido el cártel, más difícil le resultaría a un demandado alegar que no había habido un impacto negativo sobre los precios en un caso concreto" (apartado 145). En este caso, se suma a la prolongada duración del cártel su amplia extensión geográfica y la elevada cuota de mercado afectada, lo que incrementa todavía más la dificultad de negar la existencia de un impacto negativo sobre los precios del caso concreto y correlativamente, hace más plausible y fundada la afirmación de su existencia.

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

...Como conclusión de lo expuesto, aunque sea discutible que pueda calificarse como aplicación de la doctrina *ex re ipsa*, el razonamiento seguido por la Audiencia Provincial ha sido correcto: ha existido una infracción del Derecho de la competencia de enorme gravedad por su duración (14 años), por su extensión espacial (todo el EEE), por la cuota de mercado de los fabricantes implicados en el cártel (aproximadamente un 90%) y, debe añadirse, por la naturaleza de los acuerdos colusorios (no solo el intercambio de información sobre datos concurrenciales sensibles sino también la discusión y acuerdos sobre fijación e incremento de precios brutos).

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

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

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

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

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

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

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

3.- La propia "Guía Práctica" elaborada "ad hoc" por la Comisión Europea recuerda que los artículos 101 y 102 T.F.U.E. se refieren a "cualquier persona que haya sido perjudicada". Añade que, ante la inexistencia de una normativa de la U.E. en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer la regulación del ejercicio del derecho a la reparación garantizado por la legislación de la U.E.



Regulación que no debe hacer excesivamente difícil o imposible en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho de la U.E. (principio de efectividad) ni debe ser menos favorable que los que regulan las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de derechos similares conferidos por el ordenamiento jurídico nacional (principio de equivalencia).

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

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

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

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

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

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

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

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

"...para valorar el alcance del daño producido por el cártel (el sobrepago 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 sobrepago causado por el cártel...

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

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



situaciones fácticas no acaecidas realmente puede justificar una mayor flexibilidad en la estimación de los perjuicios por el juez.

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

...La atribución al juez de facultades de estimación de la cuantificación del daño causado por la conducta infractora de la competencia permite superar algunas dificultades propias de la valoración del daño en este campo. El apartado 82 de la STJUE de 22 de junio de 2022 (asunto C-267/20, Volvo y DAF Trucks, ECLI: EU:C:2022:494), al justificar la atribución al juez de estas facultades estimativas en el art. 17.1 de la Directiva, declaró que dicha norma tenía por objeto "flexibilizar el nivel de prueba exigido para determinar el importe del perjuicio sufrido y subsanar la asimetría de información existente en detrimento de la parte demandante afectada, así como las dificultades derivadas del hecho de que la cuantificación del perjuicio sufrido requiere evaluar cómo habría evolucionado el mercado de referencia si no se hubiera producido la infracción"...

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

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

En este contexto, las propias características de este cártel contribuyen a considerar que, en este caso, la falta de idoneidad del informe presentado por el demandante para cuantificar el sobreprecio no supone una inactividad que impida la estimación judicial...

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

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

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

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

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

7.1. Pericial del demandante (Jesús María . Economista).



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

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

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

Concluye que el margen promedio por vehículo de la compañía, durante el período de fijación de precios (años 2006 a 2013), se incrementó notablemente, fijando en un 28% la estimación del coste excesivo abonado por el consumidor, más intereses legales desde la fecha de adquisición del vehículo, se ha realizado la comparación mediante la comparativa cuantitativa más cauta, es decir, comparando los márgenes antes y durante las prácticas contrarias a competencia.

En su intervención en Sala defendió su informe, asumiendo algún error en el mismo, que no afecta a sus conclusiones.

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

7.2 Pericial de la demandada. - (KPMG).

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

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

Se examinaron transacciones reales en número de más de 330.000, analizando precios netos de venta al concesionario. No el precio final de venta al cliente.

Realiza un análisis de regresión por marca y utiliza variables como costes, demanda, marca, segmento del vehículo, tipo de combustible. Obteniendo un 99% de probabilidad de la inexistencia de sobreprecio. Lo que resulta estadísticamente escasamente significativo para aceptar el sobreprecio.

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

En su intervención en Sala defendió su informe.

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

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

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

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



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

El vehículo fue adquirido en virtud de pedido de fecha 22/6/2009, constanding un precio de 13.600 euros de los que 1.000 se satisfacen con la entrega de un vehículo usado, 300 en efectivo-fianza- y el resto de 12.300 euros mediante transferencia de fecha 30/6/2009.

Se fija la indemnización por daños en 952 Euros (13.600 x 7%).

También, como ha reiterado el Alto Tribunal, procederán los intereses legales del precio, desde el momento del pago, en este caso desde el pago de cada cuota del capital del precio aplazado. Sobre esta cuestión la demandada mostró su disconformidad por estimar más adecuado el criterio del IPC. Reiterando los argumentos vertidos en nuestra sentencia de 25 de octubre de 2023 (recurso 66/2023):

"Sentada su insatisfacción por el índice empleado como método de estabilización de la deuda, la recurrente propone genéricamente criterios alternativos - como ejemplo parece citar el IPC-, si bien no justifica cuál de los diversos índices que existen, y particularmente, dentro del INE -IPC- debe ser tomado en cuenta y los concretos criterios con los que ha de aplicarse para evitar la pérdida de valor del dinero. Si se aplicase el IPC vehículos, esta Sala lo estima afectado en mayor o menor medida por la infracción, conforme a lo anteriormente razonado. Faltan datos en la contestación a la demanda que justifiquen la aplicación concreta de algún índice alternativo y su mayor conveniencia para servir de cláusula de estabilización aceptada por los tribunales, frente a un criterio arraigado en el foro como es el de la aplicación del interés legal.

Esta Sala se ha pronunciado reiteradamente, también con ocasión de resolver asuntos insertados dentro del denominado cartel de los camiones en el siguiente sentido:

Han de ser concedidos, a la vista de la doctrina emanada de la Sentencia Manfredi (C-295/04 a C-298/04) de 13 de julio de 2006-apartado 95-

La fijación de intereses legales es una exigencia del principio de efectividad y su concesión un elemento indispensable de la indemnización (sentencia de 2 de agosto de 1993, Marshall (C- 271/91) -apartado 31-. En el mismo sentido parece imponerlos el apartado 20 de la Guía práctica 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 (2013).

También el TS en esta materia ha observado la imposición a la indemnización solicitada de los intereses legales conforme a la siguiente argumentación expresada en la STS 344/2012, de 8 de junio: "los intereses constituyen uno de los medios de corregir los rigores nominalistas y de acercarse a la íntegra reparación del daño con la satisfacción determinada por la idea de una real equivalencia. Dicho criterio no es ajeno a la jurisprudencia - sentencias 601/1992, de 15 de junio, 1068/1998, de 21 de noviembre, 655/2007, de 14 de junio, entre otras-, que se ha servido de él para atender a las fluctuaciones del valor adquisitivo del dinero, incluso las producidas durante la tramitación del proceso".

En este sentido las STS 923/2023, de 12 de junio, (Fto. 7º); 924/2023, de 12 de junio, (Fto. 8º); 925/2023, de 12 de junio, (Fto 8º); 926/2023, de 12 de junio (Ftoº 8º); 947/2023, de 14 de junio (Fto, 11º) (los damos por reproducimos) ...

Por tanto, estima la Sala que los intereses legales son inherentes a la corrección e indemnización del daño producido y deben computarse desde la fecha del efectivo perjuicio, esto es, desde el pago realizado."

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

QUINTO. - Costas de primera instancia.

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

SEXTO. - Costas de segunda instancia.

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

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

FALLAMOS



Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por D^a María Dolores , revocamos la sentencia apelada y, con parcial estimación de la demanda interpuesta, condenamos a FIAT GROUP AUTOMOBILES SPAIN S.A al pago a D^a María Dolores de la cantidad de 952 Euros, más los intereses legales desde 30/6/2009 e intereses procesales desde la presente sentencia, sin imposición a ninguno de los litigantes de las costas procesales causadas ni en primera ni en esta segunda instancia.

Devuélvase el depósito constituido para recurrir.

Contra la presente resolución cabe recurso de casación ante esta Sección, en plazo de veinte días, del que conocerá el Tribunal competente, debiendo el recurrente, al presentar el escrito de interposición, acreditar haber efectuado un depósito de 50 euros para el recurso en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, (num.4887) en la Sucursal 8005 del BANCO DE SANTANDER, debiendo indicar en el recuadro "Concepto en que se realiza": 06 Civil-Casación, y sin cuya constitución no será admitido a trámite

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

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

La difusión del texto de 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 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.