



Trabajo de Fin de Máster

**LA APLICACIÓN PRIVADA DEL
DERECHO DE LA COMPETENCIA:
LA RECLAMACIÓN POR DAÑOS
DERIVADOS DE UNA INFRACCIÓN
DEL DERECHO *ANTITRUST***

Presentado por:

Joaquín Tallá Ortiz

Tutor/a:

Achim Puetz

Máster Universitario en Abogacía

Curso académico 2022/23
Fecha de defensa: Enero 2022

Resumen

El presente trabajo aborda un tema de notable importancia dentro del amplio campo del Derecho de la competencia, como son las conductas colusorias y la protección que otorga esta rama del Derecho a los afectados por estas conductas. A tal efecto, el análisis parte de la caracterización de las conductas colusorias y desemboca en el tratamiento detallado de las reclamaciones por daños derivados de estas conductas anticompetitivas.

Palabras clave

Conductas colusorias, derecho *antitrust*, cártel de coches, reclamaciones de daños, *follow on action*, *stand alone action*, efecto *paraguas*, *passing-on defense*

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	1
II. ANTECEDENTES DE HECHO	2
III. PROBLEMÁTICA JURÍDICA PLANTEADA	3
IV. EL DERECHO <i>ANTITRUST</i>	4
1. LAS CONDUCTAS COLUSORIAS	4
2. LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: ACCIONES DE RECLAMACIÓN DE DAÑOS	8
a) Tipología de acciones: <i>follow on actions</i> y <i>stand alone actions</i>	9
b) Legitimación	11
c) Competencia, procedimiento y ley aplicable	12
d) Fundamento de la responsabilidad	14
e) Daños indemnizables	16
e.1. El daño emergente	16
e.1.a) <i>Sobrecostes directos</i>	17
e.1.b) <i>Sobrecostes indirectos</i>	19
e.2. El lucro cesante y los intereses	22
f) Prueba del daño causado	23
g) Prescripción	25
h) <i>Passing-on defense</i>	27
CONCLUSIONES	29
BIBLIOGRAFÍA	I
RECURSOS ELECTRÓNICOS	II
JURISPRUDENCIA	III
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	III
Tribunal Supremo	IV
Audiencia Nacional	IV
Audiencias Provinciales	IV
Juzgados de lo Mercantil	V
RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS	V
NORMAS JURÍDICAS CONSULTADAS	VI
Normativa Comunitaria	VI
Normativa Nacional	VI
OTROS RECURSOS	VI

ABREVIATURAS UTILIZADAS

LDC	Ley de Defensa de la Competencia
LCD	Ley de Competencia Desleal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
CC	Código Civil
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
TS	Tribunal Supremo
AN	Audiencia Nacional
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
SJMER	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil
p. / pp.	página / páginas

I. INTRODUCCIÓN

El trabajo realizado sigue una marcada metodología práctica alejada de los estereotipos del trabajo académico puramente teórico. Para su elaboración se ha partido de un supuesto práctico hipotético del que se derivan evidentes controversias jurídicas y a partir del cual el autor se ha posicionado desde la perspectiva de un profesional del Derecho para dar una respuesta jurídica fundamentada.

Los antecedentes de hecho planteados tienen como trasfondo un tema de notable importancia dentro del amplio campo del Derecho Mercantil y, en concreto, del Derecho de la competencia, como son las conductas colusorias. En un esquema de trabajo compuesto por dos epígrafes, el primero de ellos queda reservado: a) a la introducción de las conductas colusorias; b) al tratamiento con mayor detalle de las conductas colusorias más graves, consistentes en acuerdos de fijación de precios, comúnmente denominados «cárteles»; y c) la represión que ejerce el Derecho público sobre estas prácticas anticompetitivas. En un primer momento, el hecho de introducir mención al Derecho público sancionador puede parecer innecesaria, dado que el título del trabajo se encuentra referido a la aplicación privada, pero la realidad es que, como veremos más adelante, en las acciones de reclamación de daños ambas vertientes del Derecho de la competencia se encuentran relacionadas.

El segundo epígrafe, rubricado como «aplicación privada del Derecho de la competencia: acciones de reclamación de daños», conforma el grueso de este trabajo, debido a que aborda, ahora sí, la aplicación privada del Derecho de la competencia. En esta segunda parte se tratarán todas aquellas cuestiones derivadas de las acciones en reclamación de daños que tienen a su disposición los afectados por las infracciones de la normativa de competencia, sin perder de vista en ningún momento los antecedentes de hecho.

II. ANTECEDENTES DE HECHO

La empresa RENTC, S.L., es una mercantil domiciliada en Castellón, dedicada al alquiler de vehículos para particulares y empresas, tanto de uso vacacional como diario, que lleva operando en la provincia hasta el día de hoy sin interrupción desde el año 2007. A finales del año 2009, se decidió por parte de los socios llevar a cabo dos importantes operaciones: por un lado, aceptar la incorporación de un cuarto socio, y, por otro, aprovechar ese instante para realizar una ampliación de capital destinada a mejorar su infraestructura y adquirir nuevos vehículos con los que poder ofrecer mayores servicios. Siendo esto así, en el año 2010 se adquirieron por la mercantil RENTC, S.L., seis vehículos nuevos, por medio de las siguientes operaciones:

- a) Adquisición de dos vehículos nuevos MODELO A mediante contrato de *leasing*.
- b) Adquisición de dos vehículos nuevos MODELO B mediante contrato de *renting*.
- c) Adquisición de dos vehículos nuevos MODELO C mediante contrato de compraventa a plazos.

Hace unas semanas, el administrador de la sociedad se percató de una noticia que se hacía eco de que eran miles los afectados por el conocido como «cártel de los coches», que implicaba la realización de prácticas anticompetitivas por parte de distintos fabricantes de vehículos durante los años 2006 a 2013 y que ha sido sancionado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC). Además, según indicaba el portavoz de una de las asociaciones constituidas para la defensa de los intereses de los afectados por estas prácticas, se estaban presentando ya varias demandas en sede judicial. Tras comunicar la noticia al resto de socios, estos deciden buscar asistencia letrada, para conocer cuál es la situación, qué posibilidades existen y si es viable obtener una compensación económica en favor de la sociedad por los daños sufridos a consecuencia de la adquisición de vehículos, incluso aunque estos no fuesen adquiridos directamente de los fabricantes implicados en este cártel, como es el caso de los vehículos nuevos MODELO C, o para el caso de haberse adquirido con anterioridad a través de un tercero.

III. PROBLEMÁTICA JURÍDICA PLANTEADA

Los antecedentes de hecho planteados muestran como protagonista principal a una sociedad dedicada al alquiler de vehículos para particulares y empresas domiciliada en la ciudad de Castellón que, en las adquisiciones de vehículos destinados a la composición de su flota, se ha podido ver perjudicada por prácticas contrarias al Derecho de la competencia, llevadas a cabo por los integrantes del cártel de algunos de los principales fabricantes de automóviles. Se une así a un gran número de afectados que durante los años 2006 a 2013 adquirieron vehículos de estas u otras marcas y que vieron en la sanción de la conducta por la CNMC la oportunidad de reclamar los daños y perjuicios sufridos.

A lo largo de los epígrafes que siguen, se van a abordar aquellas cuestiones que, de algún modo, puedan estar relacionadas con estas conductas anticompetitivas. Para ello, nos centraremos en dos importantes puntos: a) el concepto y sanción pública de las conductas colusorias y, en especial, de los cárteles; b) los mecanismos desde la perspectiva del Derecho privado para reprimir las conductas colusorias. Esta última parte del trabajo servirá como culminación a todo lo anterior y definirá, en esencia, cuál es el *modus operandi* en estos casos, permitiendo aportar soluciones a la problemática descrita en los antecedentes de hecho.

Para proceder con el tratamiento de cada uno de los puntos anteriores, el trabajo se estructura en dos epígrafes: I) exposición de las conductas colusorias (en qué consisten, sanción desde la perspectiva pública y especial dedicación a los cárteles); y II) la aplicación del Derecho de la competencia desde la perspectiva jurídico-privada. El grueso de este segundo epígrafe se dedicará a las reclamaciones de daños: tipos de acciones, aspectos procesales, daños resarcibles, prescripción y defensa de la repercusión del sobre coste.

IV. EL DERECHO *ANTITRUST*

1. LAS CONDUCTAS COLUSORIAS

En una primera aproximación a los antecedentes de hecho expuestos, es posible determinar que la empresa RENTC, S.L., ha podido verse afectada por una práctica anticompetitiva prohibida por el Derecho de defensa de la competencia. El concepto económico de «competencia» hace referencia a la concurrencia, en un mismo mercado, de diferentes agentes económicos que ofrecen productos y servicios a los consumidores, quienes actúan de forma independiente y constituyen la demanda. Es en este escenario donde surge la necesidad de establecer una serie de normas que regulen y garanticen el ejercicio de una libre competencia en el mercado¹, y que contribuyan a evitar todas aquellas prácticas que tienen por objeto o por efecto el falseamiento de la competencia.

Para dar cumplimiento a esta necesidad, nuestro sistema legislativo, tanto nacional como comunitario, integra «un sector normativo específico» incluido dentro del Derecho Mercantil, cuyo objeto es promover y proteger la existencia de una competencia libre y efectiva. Este sector es conocido como Derecho *antitrust*² y en cuanto a su contenido material, la normativa estatal española viene a ser una réplica de la comunitaria, incorporando los principios rectores del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea³ (en adelante TFUE) y recogiendo el Derecho derivado, fundamentalmente, los Reglamentos comunitarios en esta materia.

¹ Concepto económico de «libre competencia» extraído de GALLEGO SÁNCHEZ, E. / FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *Derecho de la empresa y del mercado*, 6.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 105-106.

² La traducción literal del término Derecho *antitrust* equivale a «derecho antimonopolio» y es muy habitual la utilización del mismo en este ámbito. Tiene su origen en el Derecho norteamericano, ordenamiento foráneo que ha tenido una gran influencia en la consolidación del Derecho de la competencia europeo.

³ Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DO C 202, de 7 de junio de 2016.

Como se anticipa en el título que da nombre a este epígrafe, abordaremos el estudio de las prácticas restrictivas de la competencia, introducidas bajo la denominación de «conductas colusorias» por la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC). Sin ánimo de adentrarnos en una caracterización demasiado extensa y teórica del término «conductas colusorias», puesto que se encuentra definido por el artículo 1.1 LDC, podemos determinar que están prohibidos, y serán nulos de pleno derecho (art. 1.2 LDC) aquellos acuerdos, decisiones o prácticas restrictivos de la competencia que: a) no puedan encontrar cobertura legal en las exenciones previstas en el artículo 1.3 LDC por no reunir los requisitos cumulativos dispuestos en este apartado tercero; b) no estén dentro de los supuestos del artículo 1.4 LDC (exenciones por categoría); y c) no se haya podido acreditar la concurrencia de estos presupuestos por los presuntos infractores⁴ (artículo 50.2 LDC).

Con el prisma puesto en los antecedentes de hecho, nos centraremos en aquellos acuerdos entre competidores que tienen como objetivo la coordinación de su comportamiento competitivo en el mercado. Estos acuerdos comúnmente se han venido agrupando bajo el término «cártel», definido en el apartado segundo de la disposición adicional cuarta de la LDC⁵. El cártel⁶ constituye una infracción por objeto de la normativa sobre competencia, con la consecuencia de que lo realmente determinante no será que los presuntos infractores hayan introducido o no los productos en el mercado, sino que en el marco de su relación han alcanzado un acuerdo para fijar los precios.

⁴ GALÁN CORONA, E., «Prohibición de las conductas colusorias (I): modelo y estructura», en J. A. García-Cruces (Dir.), *Tratado de Derecho de la Competencia y de la publicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 113-114. Si es la autoridad la que considera que no se cumple con la exención se invierte la carga de la prueba y debe ser esta quien demuestre su no aplicación.

⁵ Lo define así: «2. A efectos de lo dispuesto en esta ley se entiende por cártel todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual e industrial; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia».

⁶ Véase para una definición más técnica del término «cártel»: «CNMC blog», disponible en <https://blog.cnmc.es/2016/02/19/que-es-un-cartel/> (fecha de la última consulta: 14 de diciembre de 2022).

Por tanto, bastará con que estos pactos tengan la «aptitud» para provocar esa distorsión o falseamiento de la competencia⁷ sin que sea necesario demostrar su efecto anticompetitivo. Destaca el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), en sus sentencias de 6 de octubre de 2009⁸ y de 4 de octubre de 2011⁹, que, para determinar si un acuerdo tiene por objeto restringir la competencia, «*debe atenderse al contenido de sus disposiciones, a los objetivos que pretende alcanzar y al contexto económico en que se inscribe*»¹⁰. En nuestro Derecho son varias las sentencias de la Audiencia Nacional¹¹ (en adelante AN) que catalogan el cártel como una infracción por objeto.

A la vista de lo anterior, es lógico llegar a la conclusión de que, si estos acuerdos no han podido verse amparados por alguna de las exenciones previstas en el apartado tercero del artículo primero de la LDC, deberán ser considerados como nocivos para el mercado afectado, siendo en consecuencia susceptibles de perjudicar los adquirentes de los bienes y servicios que se oferten. Este perjuicio, en el caso de los cárteles de precios, se materializará en que, habiéndose fijado los precios de común acuerdo por los cartelistas, el comprador habrá pagado un precio superior al que hubiera desembolsado en una situación normal de libre competencia, es decir, habrá soportado un sobrecoste en sus adquisiciones.

⁷ DÍEZ ESTELLA, F. / GUERRA FERNÁNDEZ, A., «Comentario del artículo 1 (conductas colusorias)», en J. Massaguer Fuentes, J. M. Sala Arquer, J. Folguera Crespo, A. Gutiérrez (dirs.), A. Encinas Rodríguez (coord.), *Comentario a la Ley de defensa de la competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la competencia*, 5.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 130-135. A juicio de los autores, de la interpretación literal del artículo 1 LDC se puede deducir que no es necesario para constatar la práctica restrictiva un daño efectivo de la competencia, ni tampoco que exista un «*seguimiento absoluto de los acuerdos prohibidos por parte de las partes que los adopten*», sino que basta con que tengan la «*aptitud*» para provocarlo.

⁸ STJUE (Sala Tercera) de 6 de octubre de 2009, as. C-501/06, *GlaxoSmithKline Services Unlimited* (ECLI:EU:C:2009:610).

⁹ STJUE (Gran Sala) de 4 de octubre de 2011, as. ac. C-403/08 y C-429/08, *Karen Murphy contra Media Protection Services Ltd.* (ECLI:EU:C:2011:631).

¹⁰ Véase también GALÁN CORONA, E., «Prohibición de las conductas colusorias (I)...», cit., pp. 92-94.

¹¹ SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) de 26 de marzo de 2019, rec. 491/2015 (ECLI:ES:AN:2019:1330), FD 6.º. Este pronunciamiento es compartido por otras sentencias de la Audiencia Nacional: SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) de 27 de diciembre de 2019, rec. 682/2015 (ECLI:ES:AN:2019:5030), FD 8.º y 10.º; y SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) de 26 de marzo de 2019, rec. 566/2015 (ECLI:ES:AN:2019:1392), FD 8.º.

Tomando como referencia nuestros antecedentes de hecho, podemos determinar que la sociedad RENTC, S.L., se ha visto afectada por un cártel que ha sido sancionado en el plano administrativo¹² por la CNMC, a través de la resolución recaída en el expediente S/0482/13¹³ (*fabricantes de automóviles*). En este, la CNMC sancionó a dieciocho filiales de fabricantes de automóviles operantes en España por una infracción de los artículos 101 TFUE y 1 LDC —concretamente, una restricción por objeto— consistente en un «*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*». Aunque en adelante referenciamos constantemente este expediente S/0483/13 (*fabricantes de automóviles*), cabe añadir que esta no fue la única resolución relacionada con los automóviles. Además de la anterior, la CNMC sancionó mediante la resolución del expediente S/0471/13¹⁴ (*concesionarios*) una infracción de los artículos 101 TFUE y 1 LDC llevada a cabo por distintos concesionarios de vehículos en España encaminada a la «*[...] fijación de precios y condiciones comerciales y de servicio, así como intercambio de información estratégica y sensible a tal efecto [...]*».

Tanto la resolución del Expte. S/0482/13¹⁵, como la del Expte. S/0471/13¹⁶ han sido confirmadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN. Frente a las sentencias dictadas por la AN los infractores interpusieron recurso de casación ante el Tribunal Supremo (en adelante TS), pero el alto tribunal confirmó las sentencias de la AN¹⁷.

¹² Para el procedimiento administrativo sancionador y el sistema de recursos frente a las resoluciones de la CNMC puede verse GALLEGO SÁNCHEZ, E. / FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *Derecho mercantil parte primera*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp.164-165.

¹³ Resolución de 23 de julio de 2015, Expte. S/0482/13 (*Fabricantes de automóviles*).

¹⁴ Resolución de 28 de mayo de 2015, Expte. S/0471/13 (*Concesionarios Audi/Seat/VW*).

¹⁵ Véase las SsAN (Sala de lo Contencioso, Sección 6.ª) núm. 3538/2022, de 24 de mayo (ECLI:ES:AN:2022:3538); núm. 5028/2019, de 27 de diciembre (ECLI:ES:AN:2019:5028); núm. 5027/2019, de 19 de diciembre (ECLI:ES:AN:2019:5027).

¹⁶ Véase las SsAN (Sala de lo Contencioso, Sección 6.ª) núm. 1334/2019, de 26 de marzo (ECLI:ES:AN:2019:1334); núm. 1387/2019, de 26 de marzo (ECLI:ES:AN:2019:1387); núm. 1369/2019, de 26 de marzo (ECLI:ES:AN:2019:1369); núm. 2443/2020, de 8 de julio (ECLI:ES:AN:2020:2443).

¹⁷ Véase las SsTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) núm. 1145/2021, de 17 de septiembre (ECLI:ES:TS:2021:3476); núm. 1171/2021, de 27 de septiembre (ECLI:ES:TS:2021:3582); y núm. 1205/2021, de 5 de octubre (ECLI:ES:TS:2021:3623).

A pesar de ser dos resoluciones distintas, es innegable que pueda existir una cierta coincidencia, más allá de que ambas tuvieron su origen en la misma solicitud de clemencia¹⁸ de uno de los infractores.

2. LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: ACCIONES DE RECLAMACIÓN DE DAÑOS

Cuando hacemos referencia a la aplicación privada del Derecho de la competencia (*private enforcement*), nos estamos refiriendo a la posibilidad de que los afectados por conductas anticompetitivas interpongan frente a los infractores acciones dirigidas a la reclamación de los daños sufridos. Es por ello por lo que, tomando como referencia los antecedentes de hecho, en este epígrafe nos dedicaremos a introducir las vías de actuación de las que dispone la sociedad RENTC, S.L., para hacer valer sus derechos como perjudicado por un cártel. Las acciones derivadas de los ilícitos anticoncurrenciales se introducen en nuestro Derecho con la reforma llevada a cabo mediante el RD-ley 9/2017, de 26 de mayo, en la LDC y en la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁹ (en adelante LEC), mediante la que se incorporó en nuestro Derecho la Directiva 2014/104/UE²⁰ (también conocida como la Directiva de daños)²¹.

¹⁸ La Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (2006/C 298/11), aunque sin efecto jurídico vinculante, «establece el sistema por el cual se recompensa la cooperación con la investigación de la Comisión por parte de empresas que han formado o forman parte de cárteles secretos que afectan a la Comunidad». Posteriormente, la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, se encargaría de definir estos programas de clemencia, en su artículo segundo, como «*todo programa relativo a la aplicación del artículo 101 del TFUE o de una disposición análoga de la legislación nacional según el cual un participante en un cártel secreto, independientemente de las otras empresas implicadas, coopera con la investigación de la autoridad de la competencia, facilitando voluntariamente declaraciones de lo que él mismo conozca del cártel y de su papel en el mismo, a cambio de lo cual recibe, mediante una decisión o un sobreseimiento del procedimiento, la dispensa del pago de cualquier multa por su participación en el cártel o una reducción de la misma*». A nivel nacional, el procedimiento está regulado en los Títulos IV y V LDC, y en el Título II del Reglamento de desarrollo promulgado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero.

¹⁹ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

²⁰ Directiva 2014/104/UE 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.

²¹ CAMPUZANO, A.B. / PALOMAR OLMEDA, A./ CALDERÓN, C. / TEROL GÓMEZ, R., *El Derecho de la competencia*, 3.ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 660.

a) Tipología de acciones: *follow on actions* y *stand alone actions*

En el campo del Derecho de la competencia, existen dos modalidades de litigación para reclamar por los daños sufridos: por un lado, la *follow on action* y, por otro, la *stand alone action*. Más allá de diferencias terminológicas, en el plano jurídico cuentan con una diferencia sustancial en cuanto a los requisitos para su interposición: la existencia o no de una resolución administrativa previa que sancione una práctica anticompetitiva en el mercado²².

La modalidad *stand alone* se caracteriza por la inexistencia de una decisión o resolución administrativa previa por parte de las autoridades competentes que declare la existencia de un ilícito anticoncurrencial. Consiguientemente, en el momento en que se pretenda ejercitar esta acción se deberá incluir entre las pretensiones la declaración de ilicitud de la conducta anticompetitiva denunciada, causante de los daños sufridos. La principal desventaja de ejercitar este tipo de acciones reside en que será la parte demandante, sin un respaldo previo en forma de resolución administrativa, quien deberá demostrar la existencia de una práctica anticompetitiva; lo que resulta altamente complicado si tenemos en cuenta que, en la mayoría de los casos, incluso las autoridades públicas, con todos los recursos de que disponen, invierten mucho tiempo en recabar información, o las terminan descubriendo gracias a las denuncias de los propios cartelistas implicados mediante los programas de clemencia²³.

²² GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., «Aplicación privada o judicial del derecho de la libre competencia», en F. Carbajo Cascón (coord.), *Manual práctico de Derecho de la competencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 312-313. Se hace mención a que la carga probatoria depende de si se trata de una acción de responsabilidad basada en una decisión administrativa (*follow on action*), o sin una decisión previa (*stand alone action*).

²³ DE LA VEGA, GARCÍA, F.I., «Daños privados y derecho de defensa de la competencia (especialidades y técnicas de cuantificación)», en V. Cuñat Edo, J. Massaguer, F.J. Alonso Espinosa, E. Gallego Sánchez (dirs.), M^a.V. Petit Lavall (coord.), *Estudios de Derecho Mercantil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 755-756. En relación con la *stand alone action*, en el derecho *antitrust* estadounidense se ha ido puliendo un sistema de acciones que permite al afectado por el cártel demandar, sin requerir de una resolución administrativa previa que sancione la infracción. «*En lo que respecta al derecho antitrust de EEUU han funcionado con éxito ciertas acciones encaminadas a que los perjudicados obtengan una suma dineraria por el daño concurrencial causado, sin que aquella se concrete únicamente en el daño realmente ocasionado. Este sistema estadounidense conocido como treble damages se basa en la posibilidad de que los afectados por un cártel, puedan mediante las treble damage actions, recuperar hasta el triple de los daños causados por estos actos anticompetitivos. Estas acciones presentan una naturaleza más represiva, e incluso preventiva, que recuperadora, pues contribuyen, por un lado a incentivar la iniciación de procesos por parte de los perjudicados, y por otro lado, a desincentivar las prácticas contrarias a la competencia, pues el factor riesgo que puede suponer para la empresa el pago de una indemnización triple, puede ser muy elevado*».

Por ello, y a pesar de las medidas introducidas por los artículos 283 bis a) a 283 bis k) LEC para facilitar la prueba en este tipo de acciones, no deja de ser un procedimiento que entraña una mayor complejidad. Si bien es cierto que puede tener sus puntos positivos, como no depender de un procedimiento administrativo, en el caso concreto no es una opción que podamos aconsejar a la sociedad RENTC, S.L.. Y ello porque aquí ya contamos con dos resoluciones administrativas sancionadoras previas y, según lo dispuesto en el artículo 75.1 LDC, la constatación de una infracción hecha por una autoridad de la competencia española «*es irrefutable a los efectos de una acción por daños*».

En cambio, por lo que respecta a las *follow on actions*, estas se caracterizan por ser acciones ejercitadas tras recaer una resolución administrativa de las autoridades de la competencia que sancione la conducta anticompetitiva²⁴. La conducta ilícita puesta de manifiesto en las resoluciones «*coincidirá generalmente con la causa petendi o supuesto fáctico de transcendencia jurídica alegada por el actor*»²⁵. En efecto, es habitual en la práctica apoyar gran parte de la fundamentación de las demandas en la argumentación contenida en la resolución, debido a la calidad de los argumentos que en esta se disponen, al tratarse de resoluciones muy amplias y bien fundamentadas.

Retomando nuestros antecedentes de hecho, dado que contamos con dos resoluciones dictadas por la CNMC (Expte. S/0482/13 *fabricantes* y Expte. S/0471/13 *concesionarios*) que, además, han sido confirmadas por la Audiencia Nacional y posteriormente por el Tribunal Supremo, el tipo de acción que resultará de aplicación para defender los intereses de la sociedad RENTC, S.L, será la *follow on action* en detrimento de la *stand alone action*, ya que vamos a poder basar nuestras pretensiones en la presencia de una resolución administrativa previa que ha sido confirmada posteriormente por los tribunales.

²⁴ VIDAL, P. / CAPILLA, A., «Comentario del artículo 71 (responsabilidad por las infracciones del Derecho de la competencia)», en J. Massaguer Fuentes, J. M. Sala Arquer, J. Folguera Crespo, A. Gutiérrez (dirs.), A. Encinas Rodríguez (coord.), *Comentario a la Ley de defensa de la competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la competencia*, 5.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp.1622-1646.

²⁵ TORRE SUSTAETA, V., *Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la competencia. La tutela procesal del Derecho de la competencia en el plano nacional español*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 193-196.

b) Legitimación

En lo referente a la legitimación, distinguiremos entre legitimación activa y legitimación pasiva. En cuanto a la legitimación activa para interponer estas acciones de daños, según lo dispuesto en el artículo 72.1 LDC la ostentará cualquier persona²⁶, física o jurídica²⁷, que haya sufrido un perjuicio derivado de una infracción del Derecho de la competencia.

Por lo que respecta a la legitimación pasiva, el hecho de contar con dos resoluciones administrativas²⁸ señalando los infractores facilitará mucho una tarea de identificación que, de lo contrario, corresponde realizar a los perjudicados. De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 71 LDC, serán los infractores quienes sean responsables de los daños y perjuicios causados por las prácticas anticompetitivas. Al tratarse de varios infractores, según lo dispuesto en el artículo 73.1 LDC²⁹ y que trae causa del artículo 11 de la Directiva 2014/104, todos ellos «*serán solidariamente responsables del pleno resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la infracción*», salvo que concurra alguna de las excepciones contenidas en los apartados segundo y cuarto del citado artículo 73 LDC³⁰.

²⁶ Esta amplia dotación de legitimación activa a «cualquier perjudicado» por ilícitos anticoncurrenciales tiene su origen en la STJUE de 20 de septiembre de 2001, as. C-453/99, *Courage Ltd. contra Bernard Crehan y Bernard Crehan*, considerandos 26.º y 27.º.

²⁷ Véase, con detalle, MARTÍ MIRAVALLS, J., *Responsabilidad civil por la infracción del Derecho de la competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 249-264, donde se aborda también la responsabilidad de las matrices como consecuencia de las infracciones cometidas por sus filiales.

²⁸ Según el art. 75 LDC, la resolución firme en vía administrativa constituye prueba irrefutable de la existencia de la infracción. Véase también el Libro blanco - Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia [SEC(2008) 404 SEC (2008) 405 SEC (2008) 406], donde se hace especial referencia al efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de la competencia.

²⁹ Véase VIDAL, P. / CAPILLA, A., «Comentario del artículo 73 (Responsabilidad conjunta y solidaria)», en J. Massaguer Fuentes, J. M. Sala Arquer, J. Folguera Crespo, A. Gutiérrez (dirs.), A. Encinas Rodríguez (coord.), *Comentario a la Ley de defensa de la competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la competencia*, 5.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 1646-1649. A juicio de los autores, la solidaridad ordenada por el citado precepto se asemeja en cierto modo a la solidaridad impropia, con la diferencia de que la responsabilidad recogida en la LDC se establece «*ex lege*», es decir, desde el momento en que se produce la infracción.

³⁰ Véase también MARTÍ MIRAVALLS, J., *Responsabilidad civil por la infracción del Derecho de la competencia*, cit., pp. 288-318, quien dedica un amplio epígrafe al tratamiento de la responsabilidad conjunta y solidaria de las empresas infractoras.

En lo que concierne a los intereses de la sociedad RENTC, S.L., y en base a la solidaridad entre infractores³¹, la mercantil podría escoger entre dirigir una única demanda contra uno o varios de los infractores por todos los vehículos adquiridos³², o en su defecto dirigir una demanda contra cada uno de los infractores por los vehículos adquiridos de estos. Consideramos que lo más prudente sería: a) aprovechar la responsabilidad solidaria y dirigir una única demanda frente a uno de los infractores, reclamando por los daños sufridos en todas las adquisiciones; y b) evitar dirigir la demanda contra el infractor beneficiario del programa de clemencia³³, por contar este con una serie de incentivos que limitan su responsabilidad³⁴.

c) Competencia, procedimiento y ley aplicable

Delimitado el tipo de acción que vamos a interponer y contra quién o quiénes la podemos dirigir, la competencia objetiva para resolver las acciones derivadas de las infracciones del Derecho de la competencia corresponderá a los Juzgados de lo Mercantil³⁵. Respecto a la competencia territorial, según lo dispuesto en el artículo 51.1 LEC (foro general de las personas jurídicas), al demandar a una sociedad, serán territorialmente competentes los Juzgados de lo Mercantil del lugar en el que el demandado tenga su domicilio, o aquellos del lugar en el que la «*situación o relación jurídica*» objeto del litigio «*haya nacido o deba surtir efectos*», si en dicho lugar hay un establecimiento abierto al público.

³¹ Véase ALFARO, J., «¿A quién se le pueden reclamar la indemnización de los daños causados por el cártel de fabricantes de automóviles?», disponible en <https://almacenederecho.org/a-quien-se-le-pueden-reclamar-la-indemnizacion-de-los-danos-causados-por-el-cartel-de-fabricantes-de-automoviles> (fecha de la última consulta: 14 de diciembre de 2022).

³² Véanse las SAP Valencia (Sección 9ª) núm. 202/2022, de 1 de marzo, rec. 1391/2021 (ECLI:ES:APV:2022:676) y SAP Valencia (Sección 9ª) núm. 67/2021, de 26 de enero, rec. 689/2020 (ECLI:ES:APV:2021:170). En ambos casos, en conflictos derivados del *cártel de los camiones*, se demandaba a uno de los fabricantes por los sobrecostes pagados en la adquisición de vehículos de otro fabricante miembro del cártel.

³³ El artículo 73.4. dispone que, «*como excepción al apartado 1, los sujetos beneficiarios de la exención del pago de multa en el marco de un programa de clemencia serán responsables solidariamente: a) Ante sus compradores o proveedores directos o indirectos, y b) ante otras partes perjudicadas solo cuando no se pueda obtener el pleno resarcimiento de las demás empresas que estuvieron implicadas en la misma infracción del Derecho de la competencia*».

³⁴ Véase VIDAL, P. / CAPILLA, A., «Comentario del artículo 73 (responsabilidad conjunta y solidaria)», cit., pp. 1654-1659, con mayor abundamiento sobre el alcance de la responsabilidad de los beneficiarios del programa de clemencia.

³⁵ La competencia objetiva viene atribuida por el artículo 86 bis.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Asimismo, según ha podido manifestar el TS en dos autos de 15 de noviembre de 2022³⁶ será de aplicación analógica a las reclamaciones fundadas en una infracción de las normas de la LDC lo dispuesto en el artículo 52.1.12º LEC, referido a los juicios en materia de competencia desleal. En base a los autos citados, el escenario de la competencia territorial sería diferente para el caso de que los afectados pudieran ser catalogados como consumidores, ya que en ese caso cabría invocar lo dispuesto en el artículo 52.3 LEC. Sin embargo no será el caso, puesto que defendemos los intereses de la sociedad RENTC, S.L., y serán competentes los tribunales de la ciudad española³⁷ en la que se encuentre el domicilio del fabricante en territorio español.

El presente procedimiento debe ventilarse por los cauces del procedimiento ordinario, bien por entenderse así de conformidad con lo dispuesto en el artículo 249.1.4º LEC o, en su caso y subsidiariamente, al proceder conforme a lo establecido en el artículo 249.2 LEC en relación con lo dispuesto el artículo 249.1 LEC. De igual manera que sucede en otras cuestiones que rodean estos litigios, la determinación del procedimiento ordinario como vía para encauzar las acciones no resulta exenta de problemas. Al respecto, se ha generado cierto debate sobre si resulta aplicable el procedimiento ordinario³⁸ o el verbal³⁹ en aquellas controversias dónde la cuantía introducida en la demanda no exceda de los seis mil euros. En el caso que nos ocupa, puesto que la cuantía supera los seis mil euros, dejaremos de lado ese debate y presentaremos la demanda de la sociedad RENTC, S.L., siguiendo los cauces del procedimiento ordinario.

³⁶ Autos de 15 de noviembre de 2022, dictados por el TS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) en los procedimientos 250/2022 (ECLI:ES:TS:2022:15618ª) y 302/2022 (ECLI:ES:TS:2022:15619ª). En ambos se resuelven conflictos negativos de competencia territorial en procedimientos dimanantes de reclamaciones de daños en el *cártel de los coches*.

³⁷ No aplicaremos las normas de competencia recogidas en el Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Y ello por cuanto, la infracción de la competencia se ha desarrollado en el mercado nacional y no contaremos con el elemento de internacionalidad que nos lleve a requerir su aplicación.

³⁸ Auto de 11 de mayo de 2022, dictado por el JMer n.º 3 de Valencia, resolviendo el recurso núm. 148/2022 (ECLI:ES:JMV:2022:1333A). En este auto, se resuelve el recurso de reposición presentado por uno de los infractores del *cártel de coches* y se le da la razón en cuanto a que estamos ante reclamaciones que van más allá de una cuantía determinada y, por tanto, deberán seguir los cauces del procedimiento ordinario (se deberá aplicar el artículo 249.1.4.º LEC).

³⁹ Véanse los autos citados en la nota 36. En estos autos, además de resolver conflictos negativos de competencia, se considera que los casos discutidos sí se encauzarán por el juicio verbal, al ser preponderante en la demanda la cuantificación del daño.

En torno a la ley aplicable, podemos encontrar también cierto debate en torno a si sería de aplicación únicamente lo dispuesto en el Código Civil⁴⁰ (en adelante CC) con respecto a la responsabilidad extracontractual (artículo 1902 CC), o si, por el contrario, podrán aplicarse las modificaciones introducidas en la LDC a raíz de la trasposición en nuestro Derecho de la Directiva 2014/104. En una resolución pionera por varios motivos, el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Pontevedra⁴¹ ha determinado que, con base en el criterio interpretativo introducido por la reciente Sentencia del TJUE de 22 de junio de 2022⁴², en la que se da respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por la AP de León, sí serán de aplicación a estos supuestos las modificaciones de la LDC introducidas por el RD-ley 9/2017 (con especial referencia al artículo 76.2 LDC, en el que se acoge el criterio de la estimación judicial del daño).

d) Fundamento de la responsabilidad

Podría pensarse que, en el supuesto analizado, la acción por daños tiene carácter contractual, pues tiene su origen en la adquisición de distintos vehículos para incorporarlos a la empresa de alquiler. Sobre esta cuestión se pronuncia en nuestro Derecho el TS en su sentencia de 8 de junio de 2012⁴³ en la que se resuelve un litigio relativo al *cártel del azúcar*. En la sentencia, el Alto Tribunal sostiene que la calificación como extracontractual de la responsabilidad introducida por la infractora es correcta, habida cuenta de que la acción ejercitada no tiene su origen en la reparación de un daño derivado del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de deberes contractuales, por lo que en el caso que nos ocupa tampoco podemos atribuirle este carácter contractual.

Una de las consecuencias de considerarse una acción de responsabilidad extracontractual sería la aplicación del plazo de un año previsto en el artículo 1968 CC y en el artículo 35 de la Ley de Competencia desleal⁴⁴ (en adelante LCD).

⁴⁰ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

⁴¹ SJMer n.º 1 de Pontevedra núm. 117/2022, de 13 de octubre (ECLI:ES:JMPO:2022:9603), FD 2.º.

⁴² STJUE (Sala Primera) de 22 de junio de 2022, as. C-267/20, *AB Volvo y DAF Trucks c. RM* (ECLI:EU:C:2022:494).

⁴³ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 344/2012, de 8 de junio (ECLI:ES:TS:2012:5462).

⁴⁴ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Ahora bien, como más adelante se expondrá en el apartado dedicado a la prescripción, con la incorporación de la Directiva 2014/104 este plazo de prescripción de un año se ha ampliado sustancialmente y coincide con el que se aplica, con carácter general, a las reclamaciones contractuales. Dicho esto, las acciones de daños por infracción de la normativa de defensa de la competencia encuentran su fundamento en el modelo tradicional de responsabilidad por daños extracontractuales consagrado en nuestro Derecho privado. Los presupuestos de las acciones de daños en esta materia serán: a) la infracción del Derecho de la competencia (antijuridicidad); b) la producción de un daño; y c) la existencia de una relación de causalidad suficiente que permita imputar la responsabilidad⁴⁵.

El primero de los presupuestos, relativo a la «antijuridicidad», exige que la conducta sea contraria a la norma jurídica, por lo que en este caso debería ser contraria a la normativa *antitrust*. El segundo presupuesto referido a la «producción de un daño», indica que estos daños deben ser ciertos y antijurídicos⁴⁶. Y por lo que respecta al tercer presupuesto, consistente en «la existencia de una relación de causalidad suficiente», podemos decir que presenta rasgos propios en materia de responsabilidad por infracción del Derecho de la competencia⁴⁷. En efecto, y pese a que, una vez que se haya probado la infracción, sólo procederá la indemnización por los daños sufridos si se consigue acreditar una relación causa-efecto entre la infracción y el daño producido⁴⁸, la labor será más sencilla para el caso de los cárteles. Y ello por cuanto el artículo 76.3 LDC establece una presunción (refutable) de que los cárteles causan daños y perjuicios.

⁴⁵ Véase también MARTÍ MIRAVALLS, J., *Responsabilidad civil por la infracción del Derecho de la competencia*, cit., pp. 129-131.

⁴⁶ Véase GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., «Aplicación privada o judicial del derecho de la libre competencia», en F. Carbajo Cascón (coord.), *Manual práctico de Derecho de la competencia*, cit., p. 314.

⁴⁷ Véase nuevamente MARTÍ MIRAVALLS, J. *Responsabilidad civil por la infracción del Derecho de la competencia*, cit., pp.145-147.

⁴⁸ STJUE (Gran Sala) de 6 de noviembre de 2012, as. ac. C-199/11 *Europese Gemeenschap contra Otis NV y otros* (ECLI:EU:C:2012:684). En su párrafo 62 concreta así el TJUE: «Por último, interesa destacar que una acción civil de indemnización, como la que es objeto del procedimiento principal, implica, según resulta de la resolución de remisión, no sólo la comprobación de que se ha producido un hecho dañoso, sino también la existencia de un daño y de una relación directa entre éste y el hecho dañoso».

Sobre la relación de causalidad se pronunció el TJUE en su sentencia de 5 de junio de 2014⁴⁹ (en adelante *caso Kone AG*) y la abogada general de la Unión Europea, Juliane Kokott, en sus conclusiones finales sobre este mismo caso⁵⁰.

e) Daños indemnizables

En esta rúbrica vamos a delimitar cuáles son los daños concretos que va a poder reclamar la sociedad RENTC, S.L., como perjudicada por el cártel mediante la interposición de acciones de reclamación de daños⁵¹. El artículo 72.2 LDC dispone que los perjudicados por prácticas anticompetitivas tendrán derecho «*al pleno resarcimiento*», consistiendo este en devolver a quien haya sufrido el perjuicio a la situación «*en la que habría estado de no haberse cometido la infracción del Derecho de la competencia*». El pleno resarcimiento incluirá el daño emergente, el lucro cesante y los intereses devengados⁵², sin que en ningún momento este resarcimiento pueda derivar en una sobrecompensación con origen en estas indemnizaciones. En el caso de los cárteles de precios, el daño emergente se materializará verosímilmente en forma de: a) sobrecostes directos; y b) sobrecostes indirectos, debiendo hacerse mención entre estos últimos al llamado *efecto paraguas*.

e.1. El daño emergente

En su concepción general, el daño emergente se corresponde con el valor de la pérdida (real o efectiva) que haya sufrido el perjudicado, es decir, el perjuicio sufrido en su esfera patrimonial⁵³.

⁴⁹ STJUE de 5 de junio de 2014, as.C-557/12, *Kone AG y otros / ÖBB Infrastruktur AG*, (ECLI:EU:C:2014:1317).

⁵⁰ Conclusiones de la Abogada General Juliane Kokott sobre el asunto *Kone AG*, as.C-557/12, presentadas el 30 de enero de 2014.

⁵¹ Véase MARCOS, F., «Transposition of the Antitrust Damages Directive into Spanish Law», IE Law School Working Paper, AJ8-263, 2021, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3133372 (fecha de la última consulta: 14 de diciembre de 2022).

⁵² RODILLA MARTÍ, C., «Daños derivados de ilícitos de Derecho de la competencia (*Private enforcement*)», en M. E. Clemente Meoro, M^a. E. Cobas Cobiella (dirs.), *Derecho de daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 1353-1354. Expone la autora que, «*para considerar plenamente satisfecho el principio de pleno resarcimiento, es necesario incluir los intereses en el cálculo del daño, devengados desde el momento de la infracción hasta el de la plena satisfacción de la indemnización*».

⁵³ Véase también CAMPUZANO, A.B. / PALOMAR OLMEDA, A./ CALDERÓN, C. / TEROL GÓMEZ, R., *El Derecho de la competencia*, cit., pp. 689 y 690.

En el ámbito de las infracciones de la competencia y las acciones de reclamaciones de daños, este daño emergente puede asociarse con la diferencia entre el precio pagado y el que se hubiera tenido que satisfacer si no se hubiera producido la infracción. Para el supuesto de un cártel, como el que nos encontramos en los antecedentes de hecho, esta diferencia de precio abonada se identifica con el término «sobrecoste» que, a su vez, se diferenciará según su origen en sobrecostos directos e indirectos.

e.1.a) Sobrecostos directos

Tendrán la consideración de sobrecostos directos aquellos que han sido originados de forma directa por la actuación de los cartelistas en un mercado cartelizado, con la consecuencia de producirse un aumento en el precio de adquisición de los bienes o servicios⁵⁴. Para el caso de la sociedad RENTC, S.L., es muy probable que, como adquirente, habrá pagado un precio mayor que el que hubiera pagado en un clima de libre competencia.

En este contexto, es común la duda respecto a si el contrato firmado para la obtención del vehículo tiene que responder a una tipología concreta (compraventa al contado) o si, en cambio, se podría reclamar también por la adquisición de un vehículo mediante compraventa con pago fraccionado, *renting* o *leasing*. Por lo que respecta a la compraventa de los vehículos MODELO C por la sociedad RENTC, S.L., desde la perspectiva jurídica del autor, podría afirmarse que el hecho de fraccionar el precio no es óbice para poder considerar la existencia de un sobrecoste directo en el precio pagado por el adquirente del vehículo.

⁵⁴ Véase también la ya citada SJMer n.º 1 de Pontevedra núm. 117/2022, de 13 de octubre (ECLI:ES:JMPO:2022:9603), FD 5.º. Aunque deberemos esperar a la posible interposición de recurso por parte del fabricante en cuestión, en una de las primeras sentencias sobre este cártel, el juzgado pontevedrés estima el sobrecoste directo, en un perjuicio equivalente al 10% del precio total de adquisición de los automóviles, y se tiene en cuenta, además lo abonado en concepto de impuestos aplicable al precio. Concluye así el juzgador en el FD 5º: «Pues bien, en este sentido, hemos de estimar un perjuicio razonable equivalente al 10% del precio total de adquisición de los automóviles. Se trata de una cifra o porcentaje que, por un lado, semeja adaptada a las circunstancias del caso, especialmente en lo que se refiere al ámbito temporal del cártel en el que participó la demandada (siete años), y a que los datos objetivos aportados por la actora (tomados de Eurostat), apuntan a una desviación del precio final de los automóviles en torno a ese porcentaje, si se compara el mercado cartelizado español con el no cartelizado de otros países europeos[...]». Para determinar cuál es ese porcentaje de sobrepago pagado, compara, pues, el mercado en territorio español con el del resto de Estados miembros.

En otros términos, con el fraccionamiento o el aplazamiento, lo que se está produciendo es una dilación en el pago del precio total hasta una fecha concreta, bien sea mediante la división en cuotas (mensuales, trimestrales, anuales etc.), o bien mediante la concreción de una fecha límite de pago, sin que el modo en el que se abona este precio derive en una minoración de la cantidad total. De modo, el sobrecoste estará latente, pero abonándose en la cuota periódica. Sirviéndonos de estas afirmaciones, podemos considerar que, para el contrato de *renting* de los vehículos MODELO B adquiridos por la mercantil RENTC, S.L., sucederá lo mismo que para el caso de la compraventa con pago fraccionado, o al contado, pues venimos a mantener que no va a ser relevante tanto el modo de adquisición o el régimen de uso del vehículo, como el propio hecho de que se haya producido un sobrecoste.

Sin obviar que el contrato de *renting* no es un contrato de compraventa, y que incluso puede llegar a mediar una entidad bancaria, esto no sería obstáculo para entender que el precio que se estará pagando por cada mensualidad será superior al que se exigiría para las mensualidades derivadas de un contrato de *renting* firmado fuera de un mercado cartelizado. Más sencillo resulta poder considerar la existencia de un sobrecoste en las cuotas abonadas como consecuencia de la suscripción de un contrato de *leasing* por la adquisición de la sociedad RENTC, S.L., de los vehículos MODELO A, pues esta manifestación encuentra un respaldo jurisprudencial expreso. En efecto, las Audiencias Provinciales de Pontevedra y Valencia, en sus sentencias de 6 de octubre de 2020⁵⁵ y de 24 de noviembre de 2020⁵⁶, respectivamente, venían a mantener la tesis expuesta, al no excluir de las reclamaciones por sobrecostes las relativas a vehículos obtenidos mediante contratos de *leasing*.

⁵⁵ SAP Pontevedra (Sección 1.ª) nº 513/2020, de 6 de octubre, rec. 304/2020 (ECLI:ES:APPO:2020:1845). Sentencia el tribunal pontevedrés que «*la legitimación para el ejercicio de la acción de daños corresponde a quien ha sufrido el perjuicio; si éste ha consistido en el pago de un sobrepago, es claro que el legitimado primario será quien adquirió el vehículo por compraventa, o a través de cualquier otro medio válido de adquisición, como es el caso del leasing [...]»*.

⁵⁶ SAP Valencia (Sección 9.ª) núm. 1330/2020, de 24 de noviembre, rec. 526/2020 (ECLI:ES:APV:2020:4265). En un asunto donde es el fabricante quien trata de excluir de la reclamación de daños los vehículos adquiridos mediante esta modalidad, desoye estas alegaciones para sentenciar en el mismo sentido que su homólogo gallego.

Resulta sustancial añadir que el hecho de haber adquirido el automóvil mediante un contrato de *renting* o *leasing* no impedirá que el afectado (persona física o jurídica) ostente la legitimación activa necesaria para presentar este tipo de reclamaciones, incluso aunque haya participado en la operación una entidad financiera. Sobre este extremo se pronuncia la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia de 15 de septiembre de 2022⁵⁷.

e.1.b) Sobrecostes indirectos

Entendemos por sobrecostes indirectos aquellos que, en el contexto de un cártel, no tienen su origen en una actuación directa de los cartelistas, sino que se producen a través de persona interpuesta, o dentro del marco de protección que proporcionan estas prácticas. El apartado octavo de la disposición adicional cuarta LDC se preocupa por introducir una definición del término «comprador indirecto», catalogando este como aquel que adquiere, no directamente del infractor, sino de un comprador directo del infractor o de uno posterior, bienes o servicios provenientes de un mercado cartelizado. Por tanto, al hilo de esta definición, es posible determinar que los sobrecostes indirectos son sobre todo aquellos que se han pagado como consecuencia de haber adquirido productos de un comprador directo del cártel y que posteriormente los ha repercutido *aguas abajo* en la cadena de distribución o fabricación.

En relación con estos sobrecostes indirectos surge también el conocido como *efecto paraguas* o *umbrella pricing*, término que utilizaremos para referirnos a aquellas secuelas derivadas del cártel que no tienen su origen en la obtención de bienes o servicios directamente de los infractores, sino de otros competidores que se encuentran en el mercado, y no forman parte del cártel⁵⁸, previa desviación de la demanda hacia productos sustitutos.

⁵⁷ SAP Barcelona (Sección 15.ª) núm. 1340/2022, de 15 de septiembre, rec. 413/2022 (ECLI:ES:APB:2022:9734), FD 3.º. Indica el Tribunal barcelonés que «*lo relevante es que está acreditado que la actora se obligó al pago y que la demandada, a través de sus concesionarios, recibió el importe. Lo de menos es que el pago se hiciera directamente o a través de financiación cuando no se ha cuestionado que la actora se obligó con terceros y lo que pueda ocurrir en el ámbito de esa relación jurídica resulta indiferente para la demandada*».

⁵⁸ Véase también MARTÍ MIRAVALLS, J. *Responsabilidad civil por la infracción del Derecho de la competencia*, cit., pp.158-163. Este efecto surge en el momento en que un aumento de precios sobre ciertos productos deriva en una desviación de la demanda hacia sus productos competidores o sustitutos, provocando que los compradores se dirijan hacia otros vendedores.

Ello conlleva frecuentemente que estos competidores no cartelistas, a su vez, aumenten el precio para situarse en los mismos márgenes que los primeros⁵⁹. No es necesario que esto se produzca en el mismo mercado si los cartelistas ya ocupan de forma íntegra su cuota de mercado, por lo que puede incluso trasladarse a un mercado colindante. El principal problema que comparten los sobrecostes indirectos y el *efecto paraguas* es la dificultad, a nivel probatorio, de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 76.1 LDC, que impone la carga de la prueba de los daños y perjuicios causados al demandante, obligándole en la mayoría de los casos a invocar la presunción *iuris tantum* contenida en el artículo 76.3 LDC. Este precepto, como se ha visto, establece una presunción de que los cárteles causan daños y perjuicios, salvo que sea el propio infractor quien pueda aportar prueba en contrario.

Sobre el *efecto paraguas* se pronunció el TJUE en su sentencia sobre el caso *Kone AG*, en la que despeja las dudas planteadas en la cuestión prejudicial remitida por el Tribunal Supremo austríaco (*Oberster Gerichtshof*). El litigio, que versaba sobre ascensores, había surgido entre una empresa presuntamente afectada por el cártel y los cartelistas, concretamente, sobre la viabilidad de reclamar el resarcimiento de los perjuicios sufridos a consecuencia de los sobreprecios impuestos por fabricantes no participantes en el acuerdo⁶⁰. En la cuestión prejudicial remitida por el alto tribunal austríaco se planteaba cuál es el sentido⁶¹ en el que debía interpretarse el artículo 101 TFUE.

⁵⁹ SAP Madrid (Sección 28.^a) núm. 377/2022, de 19 de mayo, rec. 292/2021 (ECLI:ES:APM:2022:8315), FD 3.º y 4.º. En esta sentencia, la Audiencia resuelve el recurso de apelación contra una sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Madrid, en un asunto derivado del *cártel del seguro decenal*. Dejando de lado el fallo de la sentencia, lo que resulta interesante para el caso es la mención a los sobrecostes indirectos que se halla en los fundamentos de derecho citados. A juicio del tribunal, «*hemos de considerar acreditado que MAPFRE no participó en los acuerdos ilícitos pero alineó su conducta con la de las empresas cartelistas para no ser excluida del mercado, en defensa de sus intereses comerciales, aplicando los precios convenidos por las cartelistas en los contratos suscritos con la demandante y, por ello, los daños que la demandante habría podido sufrir en la contratación del Seguro Decenal de Daños con esta compañía en el periodo de duración del cártel serían indirectos, esto es, derivados de los efectos que el cártel produjo en el mercado*».

⁶⁰ Se trata con mayor amplitud el *efecto paraguas* y los cárteles en ALFARO, J., «El efecto paraguas / sombrilla en los cárteles y su indemnización», disponible en <https://derechomercantilesana.blogspot.com/2014/02/el-efecto-paraguas-sombrilla-en-los.html> (fecha de la última consulta: 14 de diciembre de 2022).

⁶¹ Concretamente, se planteaba la cuestión de si el artículo 101 TFUE debe interpretarse en el sentido de que cualquier afectado tenía derecho a exigir de los participantes en un cártel el resarcimiento de los daños causados por una empresa ajena que incrementó sus precios como consecuencia del *efecto paraguas*; o si, por el contrario, no cabía reconocer esta indemnización.

En su respuesta, el TJUE argumenta que, de no permitirse por el Derecho nacional la reclamación de daños frente a los cartelistas interpuesta por aquellos que, sin ser compradores directos (o indirectos) de los implicados, sí lo son de empresas no involucradas, se estaría actuando contrariamente a la plena efectividad del artículo 101 TFUE, debido a que esta subida de precios por parte de empresas no participantes no deja de ser consecuencia de las conductas anticompetitivas de los infractores. Incide la abogada general de la Unión Europea, Juliane Kokott, en sus conclusiones finales sobre el caso *Kone AG*, en la necesidad de que exista una relación de causalidad entre el daño provocado y las prácticas prohibidas conforme al artículo 101 TFUE, con lo que, si esta causalidad está correctamente fundamentada, no puede ser el Derecho nacional un impedimento para la reparación de tales daños⁶².

Para la abogada general, los daños generados y catalogados como sobrecostes indirectos no son tan remotos para que no sean en principio imputables a los cartelistas, por lo que el Derecho nacional que no permita la reclamación de estos sería contrario al Derecho europeo. Y ello por cuanto la plena eficacia del artículo 101 TFUE se consolida con la posibilidad de que cualquier persona que haya sufrido un daño por las conductas recogidas en el precepto esté legitimada para solicitar la reparación del daño, siempre que exista una relación de causalidad entre este acuerdo o práctica prohibida y el daño sufrido⁶³. Concluye su argumentación sobre el caso manifestando que, por las experiencias recogidas en otros mercados cartelizados, si se pudiera suprimir el cártel, el sobreprecio pagado al fabricante que no es parte del cártel, también desaparecería.

⁶² Véase también para un mayor análisis: ALFARO, J., «El efecto paraguas genera daños indemnizables de acuerdo con el Derecho Europeo», disponible en <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2014/06/el-efecto-paraguas-genera-danos.html> (fecha de la última consulta: 14 de diciembre de 2022).

⁶³ Esta argumentación se sustenta en dos sentencias previas dictadas por el TJUE: STJUE (Sala Tercera) de 13 de julio de 2006, as. ac. C-295/04 a C-298/04, *Vincenzo Manfredi contra Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito contra Fondiaria Sai SpA, y Pasqualina Murgolo contra Assitalia SpA* (ECLI:EU:C:2006:461); y STJUE de 20 de septiembre de 2001, as. C-453/99, *Courage Ltd contra Bernard Crehan y Bernard Crehan* (ECLI:EU:C:2001:465). En estas resoluciones, las cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE estaban dirigidas en el mismo sentido que las planteadas en el caso *Kone AG*, arrojando todas ellas las mismas dudas en torno al sentido en el que debía interpretarse el artículo 101 TFUE.

A la vista de lo anterior, podemos determinar que las prácticas anticompetitivas, y en concreto los cárteles, conllevan consecuencias negativas para los adquirentes de los bienes o servicios en el mercado afectado, manifestadas en forma de sobrecostes directos e indirectos. Para el caso de los sobrecostes directos e indirectos, su resarcimiento no genera tantas dudas, pero en cuanto a los sobrecostes derivados del *efecto paraguas* la cuestión es más controvertida.

En nuestro Derecho, la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, por la que se resuelve el recurso de apelación en el asunto del *cártel del seguro decenal*⁶⁴, sí reconoce estos sobrecostes indirectos y el *efecto paraguas* como consecuentes del cártel, lo que para nuestros antecedentes será importante, debido a que la sociedad RENTC, S.L., ha adquirido dos vehículos MODELO C de un fabricante no implicado en el cártel. Podemos concluir, por ello, que el sobrecoste pagado en la adquisición de estos vehículos es atribuible al cártel, por lo que en nuestra demanda incluiremos también la reclamación del daño por la adquisición de estos dos vehículos, sustentando nuestra argumentación en que, a pesar de haberse comprado a un fabricante ajeno al cártel, este aumentó sus precios bajo el paraguas proporcionado por el cártel.

e.2. El lucro cesante y los intereses

Como hemos podido anticipar, el derecho al pleno resarcimiento implica que el perjudicado pueda reclamar y obtener una indemnización por el lucro cesante, como consecuencia de una repercusión total o parcial de los sobrecostes⁶⁵. En efecto, la repercusión del sobrecoste pagado por el comprador directo en sus propios compradores (compradores indirectos) puede llevar aparejada una disminución de la demanda y una pérdida de cuota de mercado⁶⁶, consecuencias que constituyen un lucro cesante y deben ser reparadas por tener su fundamento en la infracción cometida (artículo 72.2 LDC).

⁶⁴ Véase la sentencia citada en la nota 59.

⁶⁵ Véase también CAMPUZANO, A.B. / PALOMAR OLMEDA, A./ CALDERÓN, C. / TEROL GÓMEZ, R., *El Derecho de la competencia*, cit., pp. 690-691.

⁶⁶ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 651/2013, de 7 de noviembre (ECLI:ES:TS:2013:5819). En esta resolución, donde el objetivo principal fue determinar la viabilidad o no de la defensa de repercusión del sobrecoste, el Alto Tribunal considera probable que en un mercado cartelizado «un incremento del precio por parte del comprador directo ocasione una reducción del volumen de ventas por retraimiento de la demanda».

Es habitual en los cárteles de precios, que los perjudicados que han sufrido un sobrecoste en las adquisiciones de productos, repercutan este sobrecoste a sus posteriores clientes con un aumento bien en el precio de los servicios prestados o del precio de sus productos en el mercado secundario. Para el caso de la sociedad RENTC, S.L., se podría plantear la posibilidad de que, al verse perjudicada por el cártel de vehículos y haber pagado un mayor precio en sus adquisiciones, habrá tenido que aumentar el precio de sus servicios de alquiler y, consecuentemente, ha visto reducida su demanda en beneficio de sus competidores en el mercado.

Del mismo modo que el daño emergente y el lucro cesante, según lo dispuesto en el artículo 72.2 LDC, los intereses también forman parte del derecho al pleno resarcimiento. Estos intereses, como introduce con mayor amplitud el considerando número doce de la Directiva 2014/104, deberán poder exigirse *«desde el momento en que ocurrió el daño hasta aquel en que se abone la indemnización, sin perjuicio de que en el Derecho nacional esos intereses se califiquen de intereses compensatorios o de demora»*⁶⁷.

f) Prueba del daño causado

En relación con lo anterior, los daños soportados, en el momento de interponer nuestras demandas no será suficiente con exponer sin más que los cárteles generan daños (directos e indirectos). Aunque contemos con el respaldo de la presunción *iuris tantum* introducida por el artículo 76.3 LDC, no será suficiente con limitarse a referenciarla sin llevar a cabo un mínimo esfuerzo probatorio que contribuya a determinar los daños. En efecto como expone el magistrado del TS D. Rafael Sarazá Jimena en una de sus aportaciones doctrinales⁶⁸, aunque el juzgado o tribunal está facultado para estimar el importe de los daños (artículo 76.2 LDC), la falta absoluta de prueba perjudica al demandante.

⁶⁷ Para el cálculo de los intereses en las reclamaciones de daños por ilícitos anticoncurrenciales (tipos de intereses, devengo y métodos de cálculo) puede verse RODILLA MARTÍ, C., «Los intereses en acciones de daños por infracciones del derecho de la competencia», *Actas de Derecho industrial y Derechos de autor*, nº39, 2018-2019, pp. 93-101.

⁶⁸ SARAZÁ JIMENA, R., «El *passing-on* antes y después de la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia», en Consejo General de la Abogacía Española (coord.), *Acciones Follow on. Reclamación de daños por infracciones del Derecho de la competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 15-28.

Por ello, en estos casos resulta recomendable incluir entre las pretensiones un informe pericial que cumpla con una serie de estándares y pueda complementar nuestra exposición del daño causado⁶⁹. Recogen esta manifestación las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de enero⁷⁰ y de 17 de abril de 2020⁷¹, en las que se enjuician los recursos interpuestos en el conflicto que versa sobre el *cártel de los sobres de papel*. Ambos pronunciamientos comparten la misma fundamentación en cuanto a que, aunque el litigio derive de un cártel y podamos dar por sentado que van a causar un perjuicio, no se puede eximir a la parte demandante de presentar una mínima prueba en el procedimiento⁷².

En todo momento, y aunque se pueda exigir una prueba que cumpla con una serie de requisitos, esta prueba no puede ser tampoco considerada con una rigidez extrema que impida al actor reclamar los daños sufridos. De ser así, se estaría incumpliendo lo dispuesto en el artículo 17.1 de la Directiva 2014/104, dado que los distintos Estados miembros deben velar porque los estándares de prueba exigidos no hagan «*imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento de daños y perjuicios*»⁷³. Tras esta exposición sobre la determinación del daño, podremos concluir que será beneficioso para las pretensiones de la sociedad RENTC, S.L., acompañar un informe pericial que recoja mínimamente el promedio de precios en el mercado anteriores al cártel⁷⁴.

⁶⁹ SAP Madrid (Sección 28.ª) núm. 487/2021, de 10 de diciembre, rec. 736/2019 (ECLI:ES:APM:2021:14305). De acuerdo con el razonamiento de la sentencia, conviene evitar la inclusión de criterios genéricos o informes aplicables a todos los cárteles.

⁷⁰ SAP Barcelona (Sección 15.ª) núm. 46/2020, de 10 de enero, rec. 1964/2018 (ECLI:ES:APB:2020:59).

⁷¹ SAP Barcelona (Sección 15.ª) núm. 603/2020, de 17 de abril, rec. 61/2020 (ECLI:ES:APB:2020:2567).

⁷² Véase también MARCOS, F., «Prescripción y daño en las reclamaciones de daños por conductas anticompetitivas», disponible en <https://almacenedderecho.org/prescripcion-y-dano-en-las-reclamaciones-de-danos-por-conductas-anticompetitivas> (fecha de la última consulta: 14 de diciembre de 2022). En esta entrada, se dedica un punto entero al «umbral probatorio mínimo».

⁷³ Véase la sentencia citada en la nota 42.

⁷⁴ La CNMC ha publicado una guía sobre cuantificación de daños por infracciones del Derecho de la competencia. El documento ha sido revisado a fecha de 15 de septiembre de 2022 y recoge distintos puntos de interés sobre el cálculo de los daños y que bien podrían servir para inspirar el informe pericial. Disponible en <https://www.cnmc.es/sites/default/files/220915%20Borrador%20Gu%C3%ADa%20cuantificaci%C3%B3n%20da%C3%B1os%20por%20infracciones%20del%20derecho%20de%20la%20competencia.pdf> (fecha de la última consulta: 14 de diciembre de 2022).

g) Prescripción

El plazo de interposición de la acción de daños viene recogido en nuestro Derecho en el artículo 74 LDC (en consonancia con el artículo 10 de la Directiva 2014/104). Concretamente, establece un plazo de prescripción de 5 años que empezará a computar en el momento en el que haya cesado la infracción, y que el demandante tenga conocimiento, o haya podido tenerlo en términos razonables, de una serie de circunstancias: la conducta y el hecho de que constituye una infracción del Derecho de la competencia, que le ha generado un perjuicio, y la identidad del infractor.

A pesar de contar con dos preceptos que concretan de forma clara cuál es el plazo aplicable a este tipo de acciones, estamos ante una cuestión que no es baladí y que está siendo fuente de una gran controversia, tanto en la práctica como en la doctrina⁷⁵. Esto es debido a que la CNMC sancionó las conductas mediante resoluciones administrativas en el año 2015, pero en esta fecha todavía no se había transpuesto en nuestro Derecho la Directiva 2014/104, que incluía este nuevo plazo de cinco años para los ilícitos anticoncurrenciales.

En efecto, hasta la fecha de su trasposición, el plazo aplicable para este tipo de acciones era el de un año determinado por el artículo 1968.2º CC. En base a este plazo de un año introducido por el CC, se aboga en un primer momento por seguir en la práctica el criterio conservador⁷⁶ e interponer las acciones dentro del plazo de un año desde las Sentencias del Tribunal Supremo mediante las cuales se resuelven los recursos interpuestos por los fabricantes de camiones ante las sentencias también desfavorables de la Audiencia Nacional⁷⁷. La otra alternativa que se planteaba era aplicar el artículo 15.2 LCD, pero de nuevo el plazo de prescripción sería de un año tal como establece el artículo 35 LCD.

⁷⁵ Véase también MARCOS, F., «¿Están prescritas las acciones de daños por el cártel de coches?», disponible en <https://almacendederecho.org/estan-prescritas-las-acciones-de-danos-por-el-cartel-de-coches>, (fecha de la última consulta: 14 de diciembre de 2022).

⁷⁶ En el *cártel de camiones* (As. AT.39824 – Trucks), sancionado por la Comisión Europea mediante las Decisiones de 19 de julio de 2016 (fabricantes) y de 27 de septiembre de 2017 (fabricante SCANIA), en un primer momento el plazo tenido en cuenta por nuestros tribunales para resolver sobre la prescripción fue el de un año marcado en el artículo 1968.2º CC.

⁷⁷ Véase las sentencias citadas en las notas consecutivas 15, 16 y 17.

No obstante, este criterio debe revisarse a la vista de la citada sentencia del TJUE de 22 de junio de 2022 (Volvo y DAF Trucks), en la que da respuesta a una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de León, con motivo de una reclamación referida al *cártel de camiones* en la que se resolvió que el plazo que debería aplicarse no era el de un año del CC, sino el de cinco años dispuesto ahora en el artículo 74.1 LDC .

Para adoptar esta decisión, en primer lugar, el TJUE recuerda que, aunque la Decisión que sancionaba a los fabricantes de camiones se adoptó en fecha 16 de julio de 2016, la versión no confidencial y su resumen oficial no se publicaron hasta el 6 de abril de 2017, siendo este el momento en el que los afectados pudieron tener conocimiento de la información indispensable para ejercitar las acciones de daños⁷⁸. En segundo lugar, indica que el plazo de prescripción de un año (por aplicación del CC) no se había agotado cuando finalizó el plazo para trasponer en nuestro Derecho la Directiva 2014/104. Por tanto, la acción de daños estaría comprendida dentro de la aplicación temporal de la Directiva traspuesta y se podría descartar el plazo del CC.

Consideramos que, por su similitud, este criterio jurisprudencial sentado por el TJUE en esta reciente sentencia sobre el *cártel de camiones* sería de aplicación también al *cártel de coches* (tanto el de fabricantes como el de concesionarios). Muy probablemente se alegrará por los infractores que las acciones están prescritas, porque si contamos un año desde la fecha de las resoluciones correspondientes (23 de julio de 2015 para fabricantes y 28 de mayo de 2015 para concesionarios), ambas situaciones se habrían consolidado antes de la fecha límite de trasposición de la Directiva 2014/104 (27 de diciembre de 2016). Pero en el caso de estas infracciones, los implicados no se aquietaron, como sí sucedió en el del *cártel de los camiones*, y presentaron recursos contencioso-administrativos ante la AN y, posteriormente, de casación ante el TS.

⁷⁸ También resultó controvertida la determinación de qué documento marcaba el inicio de la prescripción. Los infractores se defendían alegando que la fecha que iniciaba la prescripción era la de la publicación de la nota de prensa el 16 de julio de 2016. Ante tales alegaciones, el TJUE concretó que, aunque con el comunicado se podía llegar a tener un conocimiento de la sanción, no era más que un simple comunicado y de él no podía desprenderse toda la información indispensable para que los afectados pudieran ejercitar la acción de daños.

Es por ello por lo que, tras haberse recurrido las sanciones administrativas impuestas ante la AN y en última instancia ante el TS, realmente las resoluciones de la CNMC no han alcanzado firmeza hasta su confirmación por las sentencias dictadas por el alto tribunal español a lo largo del año 2021, periodo de tiempo en el que ya estaba en plena aplicación el artículo 74 y, por ende, el plazo de prescripción de 5 años para este tipo de acciones. Tomando como referencia esta argumentación, la sociedad RENTC, S.L., tendría hasta 2026 para presentar sus reclamaciones de daños contra los fabricantes o concesionarios de vehículos por sus adquisiciones del año 2010, aunque adoptando un criterio conservador y siendo más precavidos, convendrá recabar toda la información necesaria y presentar las demandas lo antes posible, para anticiparnos a que pueda haber un cambio de criterio que nos pueda perjudicar.

h) *Passing-on defense*

La *passing-on defense* o defensa de la repercusión del sobrecoste es uno de los principales argumentos defensivos invocados por los cartelistas en el momento en que se les plantean acciones de reclamación de daños. Esta defensa consiste en alegar que, en los casos en los que el comprador directo haya trasladado *aguas abajo* en la cadena de suministro el perjuicio económico sufrido, no habría lugar a la correspondiente indemnización por el daño causado, porque ya habría repercutido el sobrecoste derivado del cártel hacia el siguiente eslabón de la cadena⁷⁹ y mitigado el daño⁸⁰.

En todo caso, el artículo 78 LDC (que incorpora el artículo 13 Directiva 2014/104) señala que en esta defensa de la repercusión del sobrecoste la carga de la prueba del sobrecoste repercutido le corresponderá a la parte demandada, pudiendo exigir, en la medida de lo razonable, la exhibición de pruebas al demandante⁸¹.

⁷⁹ ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., «La defensa basada en la repercusión del daño (passing-on) causado por infracciones del derecho de la competencia», *InDret*, 2021, pp. 16-28.

⁸⁰ VIDAL, P. / CAPILLA, A., «Comentario del artículo 78 (Sobrecostes y derecho al pleno resarcimiento)», en J. Massaguer Fuentes, J. M. Sala Arquer, J. Folguera Crespo, A. Gutiérrez (dirs.), A. Encinas Rodríguez (coord.), *Comentario a la Ley de defensa de la competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la competencia*, 5.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 1733-1740.

⁸¹ Esta posibilidad de exigir la exhibición de pruebas a la parte demandante conecta directamente con la introducción, en la LEC, del artículo 283 bis.

Sirviéndose de los medios de prueba a su alcance, el infractor deberá acreditar que: a) el demandante repercutió el sobrecoste de forma efectiva en el siguiente nivel de la cadena de suministro; y que b) el sobrecoste soportado no disminuyó el nivel de ventas o de servicios prestados del demandante⁸², lo que se caracteriza expresamente como lucro cesante en el artículo 78.1 LDC. Estas ideas quedan recogidas en el plano jurisprudencial en la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013⁸³, en la que se enjuicia el conocido como *cártel del azúcar* y donde el alto tribunal reconoce la admisibilidad de esta defensa⁸⁴, pero sin ser suficiente que únicamente se pruebe que el comprador directo aumentó el precio de sus productos⁸⁵.

Con base en los antecedentes de hecho, ante una eventual demanda de la sociedad RENTC, S.L., frente a los fabricantes de automóviles, estos deberían acreditar que la sociedad demandante desplazó el sobrecoste hacia sus clientes mediante subidas del precio en los alquileres de los vehículos y que, con este aumento de los precios, no vio menguado su volumen de alquileres. Como en cualquier acción que se promueve en sede judicial, estas acciones también van a conllevar un riesgo, y en este caso el riesgo se manifiesta con la posibilidad de que el juzgador estime la defensa de repercusión del sobrecoste. En todo caso, el éxito de la defensa dependerá, como hemos introducido, de que el demandado pueda probar esta repercusión por completo del sobrecoste y que esta prueba sea suficiente para desvirtuar las alegaciones de la parte demandante.

⁸² Véase también VIDAL, P. / CAPILLA, A. «Comentario del artículo 78 (Sobrecostes y derecho al pleno resarcimiento)», cit., pp.1750-1752.

⁸³ Véase sentencia citada en nota 66. Destaca el tribunal que *«es necesario probar que con ese aumento del precio cobrado a sus clientes ha logrado repercutir el daño sufrido por el aumento del precio consecuencia de la actuación del cártel. Si el aumento de precio no ha logrado repercutir todo ese daño porque se ha producido una disminución de las ventas (debido a que otros competidores no han sufrido la actuación del cártel y han arrebatado cuota de mercado, nacional o internacional, a quienes sí la han sufrido, o a que la demanda se ha retraído ante el aumento del precio, etc.), no puede estimarse la defensa del "passing-on" o no puede hacerse en su totalidad»*.

⁸⁴ Véase en relación a la *passing on defense* DUPUY DE LOME MANGLANO, S., «La passing on defense», disponible en <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/la-passing-on-defence/> (fecha de la última consulta: 14 de diciembre de 2022). (fecha de la última consulta: 14 de diciembre de 2022).

⁸⁵ Véase también PASTOR MARTÍNEZ, E., «Cartelista con esfera reflectante: sobre la passing-on defense», disponible en <https://elderecho.com/cartelista-con-esfera-reflectante-sobre-la-passing-on-defense> (fecha de la última consulta: 14 de diciembre de 2022). (fecha de la última consulta: 14 de diciembre de 2022).

CONCLUSIONES

PRIMERA.— En un panorama económico altamente competitivo marcado por la voraz lucha de las empresas por posicionarse en su mercado y aumentar al máximo sus beneficios, resulta necesario la presencia de una serie de normas que contribuyan a garantizar una competencia eficaz entre ellas y protejan tanto al mercado, como a los consumidores, usuarios y empresas de todas aquellas prácticas que puedan contribuir al falseamiento de esta libre competencia. En este punto, debe ser un objetivo primordial evitar que puedan desarrollarse acuerdos tan nocivos para el mercado como son los cárteles, cuyos efectos son altamente perjudiciales para todos los intervinientes en el mercado en el que se producen.

SEGUNDA.— A pesar de que existe una clara distinción entre la vertiente pública y privada del Derecho de la competencia, la actuación pública suele constituir el primer paso antes de actuar de forma privada y defender los intereses individualizados de los afectados por las prácticas anticompetitivas. Si bien es cierto que existe la posibilidad de actuar de forma independiente a una previa actuación administrativa mediante las *stand alone actions*, no suele ser la forma de proceder más beneficiosa para los intereses de potenciales clientes, dadas las dificultades que entraña esta vía de acción en materia de prueba.

TERCERA.— En la interposición de las acciones de reclamaciones de daños no solo deberemos preocuparnos por dar cobertura legal a todas aquellas instituciones jurídicas básicas como son: la legitimación, competencia judicial, procedimiento, ley aplicable y prescripción. En efecto, llegado el momento de redactar cualquier demanda frente a los cartelistas, deberemos tener también especial cuidado a la hora de delimitar los daños indemnizables, y probar su vinculación con el ilícito anticoncurrencial. Como ocurre en otros asuntos, podemos encontrar discusiones doctrinales sobre si debe procederse en uno u otro sentido, lo que nos obligará a estar pendiente de la jurisprudencia más reciente (tanto nacional como comunitaria) para ver cuáles son los últimos pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales.

CUARTA.— La situación de la sociedad RENTC, S.L., es un ejemplo más del desconocimiento total de la existencia de estas prácticas para aquellas sociedades, consumidores o usuarios que se ven afectados por un cártel, hasta que terminan enterándose, bien por las noticias o de la mano de sus asesores. Este desconocimiento ha sido paliado en gran medida por el refuerzo en nuestro Derecho de las *follow on actions*.

Como hemos podido exponer, estas acciones se interponen en el momento en que existe constancia de una resolución de las autoridades de la competencia sancionando la conducta, lo que permite al perjudicado hacer valer su derecho y reclamar por los daños sufridos, pero sin necesidad de probar la existencia de la infracción. En un panorama en el que no se dispusiera de estas acciones y debiera de estarse a los presupuestos de una *stand alone action*, sería extremadamente complicado que fuera el propio demandante quién descubriera y demandara a los miembros de un cártel, salvo que se introdujera en el ordenamiento europeo y nacional el sistema americano de *treble damages*, lo que supondría un gran incentivo para que fueran los propios afectados por el cártel quienes demanden a los infractores sin depender tanto, de la labor de las autoridades de la competencia.

QUINTA.— Por lo que respecta a la sociedad RENTC, S.L., podrá presentar reclamaciones de daños derivadas de los daños sufridos en sus tres adquisiciones de los vehículos MODELO A, MODELO B y MODELO C. En cuanto a los daños sufridos en las adquisiciones de los vehículos MODELO A y MODELO B, a pesar de haberse adquirido mediante contratos de *leasing* y *renting*, respectivamente, serán susceptibles de ser reclamados. Por lo que respecta a los daños sufridos en la adquisición del vehículo MODELO C, la reclamación reviste una mayor complejidad por tratarse de un sobrecoste derivado del *efecto paraguas*, pero tenemos precedentes suficientes que avalan nuestra reclamación y nos permitirán trazar una defensa con mayores garantías.

BIBLIOGRAFÍA

CAMPUZANO, A.B. / PALOMAR OLMEDA, A./ CALDERÓN, C. / TEROL GÓMEZ, R., *El Derecho de la competencia*, 3.^a ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.

DE LA VEGA, GARCÍA, F.I., «Daños privados y derecho de defensa de la competencia (especialidades y técnicas de cuantificación)», en V. Cuñat Edo, J. Massaguer, F.J. Alonso Espinosa, E. Gallego Sánchez (dirs.), M^a.V. Petit Lavall (coord.), *Estudios de Derecho Mercantil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

DÍEZ ESTELLA, F. / GUERRA FERNÁNDEZ, A., «Comentario del artículo 1 (conductas colusorias)» en J. Massaguer Fuentes, J.M. Sala Arquer, J. Folguera Crespo, A. Gutiérrez (dirs.), A. Encinas Rodríguez (coord.), *Comentario a la Ley de defensa de la competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la competencia*, 5.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

GALÁN CORONA, E., «Prohibición de las conductas colusorias (I): modelo y estructura», en J. A. García-Cruces (Dir.), *Tratado de Derecho de la Competencia y de la publicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

GALLEGO SÁNCHEZ, E. / FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *Derecho de la empresa y del mercado*, 6.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

—*Derecho mercantil. Parte primera*, 5.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., «Aplicación privada o judicial del derecho de la libre competencia», en F. Carbajo Cascón (coord.), *Manual práctico de Derecho de la competencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

GÓMEZ ASENSIO, C., «La aplicación de los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual a las reclamaciones de daños por infracción del Derecho de Defensa de la Competencia», *Revista de derecho mercantil*, n.º 308, 2018.

MARTÍ MIRAVALLS, J, *Responsabilidad civil por la infracción del Derecho de la competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., «La defensa basada en la repercusión del daño (passing-on) causado por infracciones del derecho de la competencia», *InDret*, 2021.

RODILLA MARTÍ, C., «Daños derivados de ilícitos de Derecho de la competencia (*Private enforcement*)», en M.E. Clemente Meoro, M^a.E. Cobas Cobiella (dirs.), *Derecho de daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

—«Los intereses en acciones de daños por infracciones del derecho de la competencia», *Actas de Derecho industrial y Derechos de autor*, nº39, 2018-2019.

SARAZÁ JIMENA, R., «El *passing-on* antes y después de la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia», en Consejo General de la Abogacía Española (coord.), *Acciones Follow on. Reclamación de daños por infracciones del Derecho de la competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

TORRE SUSTAETA, V., *Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la competencia. La tutela procesal del Derecho de la competencia en el plano nacional español*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

VIDAL, P. / CAPILLA, A., «Comentario del artículo 71 (responsabilidad por las infracciones del Derecho de la competencia)» en J. Massaguer Fuentes, J.M. Sala Arquer, J. Folguera Crespo, A. Gutiérrez (dirs.), A. Encinas Rodríguez (coord.), *Comentario a la Ley de defensa de la competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la competencia*, 5.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

RECURSOS ELECTRÓNICOS

ALFARO, J., «¿A quién se le pueden reclamar la indemnización de los daños causados por el cártel de fabricantes de automóviles», disponible en <https://almacendederecho.org/a-quien-se-le-pueden-reclamar-la-indemnizacion-de-los-danos-causados-por-el-cartel-de-fabricantes-de-automoviles> (fecha de la última consulta: 14 de diciembre de 2022).

—«El efecto paraguas / sombrilla en los cárteles y su indemnización», disponible en <https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2014/02/el-efecto-paraguas-sombrilla-en-los.html> (fecha de la última consulta: 14 de diciembre de 2022).

—«El efecto paraguas genera daños indemnizables de acuerdo con el Derecho Europeo», disponible en <https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2014/06/el-efecto-paraguas-genera-danos.html> (fecha de la última consulta: 14 de diciembre de 2022).

«CNMC blog», disponible en <https://blog.cnmc.es/2016/02/19/que-es-un-cartel/> (fecha de la última consulta: 14 de diciembre de 2022).

«CNMC guía sobre cuantificación de daños por infracciones del Derecho de la competencia», disponible en <https://www.cnmc.es/sites/default/files/220915%20Borrador%20Gu%C3%ADa%20cuantificaci%C3%B3n%20da%C3%B1os%20por%20infracciones%20del%20derecho%20de%20la%20competencia.pdf> (fecha de la última consulta: 14 de diciembre de 2022).

DUPUY DE LOME MANGLANO, S., «La *passing on defense*», disponible en <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/la-passing-on-defence/> (fecha de la última consulta: 14 de diciembre de 2022).

MARCOS, F., «Transposition of the Antitrust Damages Directive into Spanish law», *IE Law School Working Paper*, AJ8-263, 2021, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3133372 (fecha de la última consulta: 14 de diciembre de 2022).

—«Prescripción y daño en las reclamaciones de daños por conductas anticompetitivas», disponible en <https://almacenederecho.org/prescripcion-y-dano-en-las-reclamaciones-de-danos-por-conductas-anticompetitivas> (fecha de la última consulta: 14 de diciembre de 2022).

—«¿Están prescritas las acciones de daños por el cártel de coches?», disponible en <https://almacenederecho.org/estan-prescritas-las-acciones-de-danos-por-el-cartel-de-coches>, (fecha de la última consulta: 14 de diciembre de 2022).

PASTOR MARTÍNEZ, E., «Cartelista con esfera reflectante: sobre la passing-on defense», disponible en <https://elderecho.com/cartelista-con-esfera-reflectante-sobre-la-passing-on-defense> (fecha de la última consulta: 14 de diciembre de 2022).

JURISPRUDENCIA

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE (Sala Primera) de 22 de junio de 2022, as. C-267/20 (Volvo y DAF Trucks) (ECLI:EU:C:2022:494).

STJUE de 5 de junio de 2014, as.C-557/12 (Kone AG y otros / ÖBB Infrastruktur AG) (ECLI:EU:C:2014:1317).

STJUE (Gran Sala) de 6 de noviembre de 2012, as. ac. C-199/11 (Europese Gemeenschap contra Otis NV y otros) (ECLI:EU:C:2012:684).

STJUE (Gran Sala) de 4 de octubre de 2011, as. ac. C-403/08 y C-429/08 (Karen Murphy contra Media Protection Services Ltd.)(ECLI:EU:C:2011:631).

STJUE (Sala Tercera) de 6 de octubre de 2009, as. C-501/06 (GlaxoSmithKline Services Unlimited) (ECLI:EU:C:2009:610).

STJUE (Sala Tercera) de 13 de julio de 2006, as. ac. C-295/04 a C-298/04 (Vincenzo Manfredi contra Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito contra Fondiaria Sai SpA, y Pasqualina Murgolo contra Assitalia SpA) (ECLI:EU:C:2006:461).

STJUE de 20 de septiembre de 2001, as. C-453/99 (Courage Ltd contra Bernard Crehan y Bernard Crehan) (ECLI:EU:C: 2001:465).

Tribunal Supremo

En relación al Expte. S/0482/13 (Fabricantes de automóviles): SsTS (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª) núm. 1145/2021, de 17 de septiembre (ECLI:ES:TS:2021:3476); STS núm. 1171/2021, de 27 de septiembre (ECLI:ES:TS:2021:3582); STS núm. 1205/2021, de 5 de octubre (ECLI:ES:TS:2021:3623).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 651/2013, de 7 de noviembre (ECLI:ES:TS:2013:5819).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 344/2012, de 8 de junio (ECLI:ES:TS:2012:5462).

Auto de 15 de noviembre dictado por el TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) en el procedimiento 250/2022 (ECLI:ES:TS:2022:15618A).

Auto de 15 de noviembre dictado por el TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) en el procedimiento 302/2022 (ECLI:ES:TS:2022:15619A).

Audiencia Nacional

En relación al Expte. S/0471/13 (Concesionarios Audi/Seat/VW): SsAN (Sala de lo Contencioso, Sección 6.ª) núm. 1334/2019, de 26 de marzo (ECLI:ES:AN:2019:1334); núm. 1387/2019, de 26 de marzo (ECLI:ES:AN:2019:1387); núm. 1369/2019, de 26 de marzo (ECLI:ES:AN:2019:1369); núm. 2443/2020, de 8 de julio (ECLI:ES:AN:2020:2443).

En relación al Expte. S/0482/13 (Fabricantes de automóviles): SsAN (Sala de lo Contencioso, Sección 6.ª) núm. 3538/2022, de 24 de mayo (ECLI:ES:AN:2022:3538); núm. 5028/2019, de 27 de diciembre (ECLI:ES:AN:2019:5028); núm. 5027/2019, de 19 de diciembre (ECLI:ES:AN:2019:5027).

SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) de 27 de diciembre de 2019, rec. 682/2015 (ECLI:ES:AN:2019:5030).

SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) de 26 de marzo de 2019, rec. 491/2015 (ECLI:ES:AN:2019:1330).

SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) de 26 de marzo de 2019, rec. 566/2015 (ECLI:ES:AN:2019:1392).

Audiencias Provinciales

SAP Barcelona (Sección 15.ª) núm. 1340/2022, de 15 de septiembre, rec. 413/2022 (ECLI:ES:APB:2022:9734).

SAP Barcelona (Sección 15.^a) núm. 603/2020 de 17 de abril, rec. 61/2020 (ECLI:ES:APB:2020:2567).

SAP Barcelona (Sección 15.^a) núm. 46/2020 de 10 de enero, rec. 1964/2018 (ECLI:ES:APB:2020:59).

SAP Madrid (Sección 28.^a) núm. 377/2022, de 19 de mayo, rec. 292/2021 (ECLI:ES:APM:2022:8315).

SAP Madrid (Sección 28.^a) núm. 487/2021, de 10 de diciembre, rec. 736/2019 (ECLI:ES:APM:2021:14305).

SAP Pontevedra (Sección 1.^a) n.º 513/2020, de 6 de octubre, rec. 304/2020 (ECLI:ES:APPO:2020:1845).

SAP Valencia (Sección 9.^a) núm. 708/2022, de a 19 de julio de 2022, rec. 113/2022 (ECLI:ES:APV:2022:2673).

SAP Valencia (Sección 9.^a) núm. 202/2022, de 1 de marzo, rec. 1391/2021 (ECLI:ES:APV:2022:676).

SAP Valencia (Sección 9.^a) núm. 67/2021, de 26 de enero, rec. 689/2020 (ECLI:ES:APV:2021:170).

SAP Valencia (Sección 9.^a) núm. 1330/2020, de 24 de noviembre, rec. 526/2020 (ECLI:ES:APV:2020:4265).

SAP Valencia (Sección 9.^a) núm. 80/2020, de 23 de enero, rec. 1147/2019 (ECLI:ES:APV:2020:292).

Juzgados de lo Mercantil

SJMer n.º 1 de Pontevedra núm. 117/2022, de 13 de octubre (ECLI:ES:JMPO:2022:9603).

Auto de 11 de mayo dictado por SJMer n.º 3 de Valencia, resolviendo el recurso núm. 148/2022 (ECLI:ES:JMV:2022:1333A).

RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS

Resolución de 23 de julio de 2015, Expte. S/0482/13 (Fabricantes de automóviles).

Resolución de 28 de mayo de 2015, Expte. S/0471/13 (Concesionarios Audi/Seat/VW).

NORMAS JURÍDICAS CONSULTADAS

Normativa Comunitaria

Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Directiva 2014/104/UE 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 Texto pertinente a efectos del EEE.

Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Consejo y del Parlamento, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

Normativa Nacional

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

OTROS RECURSOS

Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (2006/C 298/11).

Conclusiones de la Abogada General Juliane Kokott sobre el asunto Kone AG as. C-557/12 , presentadas el 30 de enero de 2014.

Libro blanco - Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia [SEC(2008) 404 SEC (2008) 405 SEC (2008) 406].