

Jurisprudencia

Reseña judicial e-Dictum

SENTENCIA 923/2023 DEL TRIBUNAL SUPREMO, CIVIL, DE 12 DE JUNIO DE 2023

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Antecedentes del caso

1.- El 30 de junio de 2008, D. Jenaro compró en el concesionario oficial Iveco del que era titular Mediterránea de Camiones S.L., en Quart de Poblet (Valencia), un camión Iveco, modelo AT260S42Y/P matrícula NUM000 por un precio de 79.700 euros.

2.- El 19 de julio de 2016, la Comisión Europea dictó una Decisión [CASE AT.39824 -Trucks] (en lo sucesivo, la Decisión) en la que recogía el reconocimiento de hechos constitutivos de prácticas colusorias infractoras del art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y 53 del Acuerdo EEE por parte de quince sociedades integradas en cinco empresas fabricantes de camiones (MAN, DAF, IVECO, DAIMLER MERCEDES y VOLVO/RENAULT). De acuerdo con la parte dispositiva de la Decisión, las conductas infractoras, desarrolladas entre el 17 de enero de 1997 y el 18 de enero de 2011, consistieron en la colusión en la fijación de precios e incrementos de precios brutos en el Espacio Económico Europeo (EEE) de camiones medianos y pesados y en el calendario y la repercusión de los costes de introducción de tecnologías de control de emisiones para camiones medios y pesados conforme a las normas EURO 3 a 6. La Decisión impuso a esas empresas cuantiosas multas por la comisión de tales infracciones, les ordenó poner término a las referidas infracciones si no lo hubieran hecho ya y abstenerse de repetir cualquier acto o conducta como las descritas o que tuviera similar objeto o efecto. Un resumen de esta decisión fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 6 de abril de 2017.

Entre las destinatarias de la Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016 que sanciona su "participación en una colusión relativa al sistema de fijación de precios, los incrementos de los precios brutos de camiones medios y pesados, el calendario y repercusión de los costes de introducción de tecnologías de control de emisiones para camiones medios y pesados (...)", se encuentran cuatro sociedades que la propia Decisión agrupa dentro de la unidad empresarial Iveco: Fiat Chrysler Automobiles N.V., desde el 17 de enero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2010; CNH Industrial N.V., desde el 1 de enero de 2011 hasta el 18 de enero de 2011; Iveco S.p.A., desde el 17 de enero de 1997 hasta el hasta el 18 de enero de 2011; Iveco Magirus AG, desde el 26 de junio de 2001 hasta el 18 de enero de 2011.

3.- El 4 de abril de 2018 D. Jenaro presentó una demanda contra Fiat Chrysler Automobiles N.V.(en lo sucesivo, Fiat Chrysler) y CNH Industrial N.V. (en lo sucesivo, CNHI) en la que solicitó que se condenara solidariamente a las demandadas a indemnizarle en 17.358,46 euros por "el importe pagado en exceso" por la compra de un camión, más sus intereses.

El Juzgado de lo Mercantil al que correspondió el conocimiento de la demanda dictó una sentencia en la que estimó en parte la demanda y condenó solidariamente a las demandadas a indemnizar al demandante en 3.985 euros más los intereses legales desde la interposición de la demanda.

La sentencia fue apelada por ambas partes y la Audiencia Provincial dictó una sentencia que desestimó el recurso de las demandadas y estimó en parte el recurso del demandante, de modo que condenó a las demandadas al pago de los intereses de la indemnización desde la fecha de adquisición del camión.

4.- El demandante ha interpuesto un recurso de casación contra esa sentencia, basado en dos

motivos. Las demandadas han interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal, basado en cinco motivos, y un recurso de casación, basado en tres motivos, todos los cuales han sido admitidos.

5.- Por razones lógicas se resolverán en primer lugar los recursos de las demandadas, pues si fueran estimados darían lugar a la desestimación de todas las pretensiones del demandante, por lo que no sería necesario resolver el recurso de este, que pretende un incremento de la cuantía de la indemnización.

Recurso extraordinario por infracción procesal de Fiat Chrysler y CNHI

SEGUNDO.- Motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal

1.- Formulación del motivo. En este motivo las demandadas denuncian la "vulneración del art. 24.1 CE en tanto que la Sentencia recurrida modifica en apelación el planteamiento originario del debate causando indefensión a mis mandantes".

En el desarrollo del motivo, las demandadas argumentan que la infracción se ha producido porque la Audiencia Provincial ha cambiado sustancialmente la fundamentación jurídica debatida en el proceso al afirmar que "no cabe desconocer el previo acervo jurisprudencial del TJUE conforme al cual debe interpretarse nuestro derecho y en particular el artículo 1902 del Código Civil".

2.- Resolución de la Sala. El motivo debe desestimarse por las razones que a continuación se exponen.

En la demanda se ejercitaba una acción de indemnización del daño producido por una conducta infractora del Derecho de la competencia, sancionada en una Decisión de la Comisión Europea, y la indemnización que se solicitaba era el resarcimiento del sobreprecio pagado por el comprador del camión como consecuencia de esa conducta infractora, y sus intereses.

El derecho a la tutela judicial efectiva de las demandadas, reconocido en el art. 24 de la Constitución, no resulta vulnerado porque la Audiencia Provincial, para resolver el recurso de apelación, tenga en cuenta el acervo jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE). A la vista de la naturaleza de la demanda, no se ha producido la alteración sustancial del debate que se denuncia. Ninguna indefensión puede causarse a las demandadas cuando la Audiencia Provincial emplea unos argumentos jurídicos pertinentes para la resolución de la cuestión litigiosa, absolutamente previsibles, como son los que se derivan de la jurisprudencia del TJUE en materia de indemnización de los daños causados por la infracción del Derecho de la competencia y otros razonamientos relacionados con la indemnización de los daños causados por estas infracciones.

TERCERO.- Motivos segundo, tercero y cuarto del recurso extraordinario por infracción procesal

1.- Formulación de los motivos. En el encabezamiento del motivo segundo, las recurrentes invocan la infracción del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en lo sucesivo, LEC), relativo a la carga de la prueba; en el encabezamiento del tercer motivo, la infracción del art. 386 LEC, que regula la prueba de presunciones; y en el encabezamiento del motivo cuarto, la infracción del art. 216 LEC, relativo al principio de justicia rogada, en relación con el art. 282 LEC, que regula la iniciativa de la actividad probatoria.

Al desarrollar los motivos, los recurrentes realizan diversas alegaciones, como que la sentencia recurrida hace una presunción del daño y de la relación de causalidad que basa en el art. 386 LEC pero que en realidad supone aplicar el art. 17 de la 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 (en lo sucesivo, la Directiva), que es inaplicable por razones temporales, y desplaza a las demandadas la carga de probar que no hubo

daño; que se ha hecho una aplicación indebida del art. 386 LEC pues para concluir en la existencia de daño la sentencia recurrida no parte de hechos sino de estadísticas; que no se puede prescindir del principio de la carga de la prueba y sustituirla por las presunciones del art. 17 de la Directiva o del art. 386 LEC, ni aplicar la doctrina *ex re ipsa* porque el 7% de los cárteles no provocan daño, en concreto sobreprecio, ni puede dejarse el daño a un juicio de equidad.

2.- Resolución de la Sala. Estos motivos deben ser desestimados por las razones que se exponen a continuación.

En el desarrollo de estos tres motivos se observa ausencia de precisión y claridad expositiva, puesto que se superponen alegaciones atinentes a cuestiones muy diversas, unas procesales, otras sustantivas, en unas ocasiones desconectadas con la infracción denunciada en el encabezamiento del correspondiente motivo y en otras ocasiones incurriendo en ciertas contradicciones, como la crítica que se hace a las conclusiones obtenidas por la Audiencia Provincial por la vía del art. 386 LEC cuando también se alega la infracción de las reglas de la carga de la prueba, cuya aplicación presupone la falta de acreditación de los hechos relevantes.

3.- Sin perjuicio de que muchas de las cuestiones planteadas en estos motivos lo han sido también en el recurso de casación y allí tendrán adecuado tratamiento, no consideramos correcto afirmar, como hacen las recurrentes, que la sentencia recurrida ha hecho recaer en la parte demandada la falta de prueba sobre la existencia y la cuantificación del daño. Lo que hace la Audiencia Provincial, mediante el uso de las presunciones judiciales y de sus facultades de estimación judicial del daño, a las que nos referiremos al resolver el recurso de casación, es llegar a una conclusión sin que para ello aplique las reglas de la carga de la prueba.

Debe precisarse asimismo que la sentencia recurrida no ha aplicado el art. 17 de la Directiva puesto que la posibilidad de aplicar la presunción judicial ya estaba prevista en el art. 386 LEC con anterioridad a la vigencia de la Directiva, y las

facultades estimativas del juez en la fijación de la indemnización de los daños causados por conductas infractoras del Derecho de la competencia ya estaban reconocidas en ciertas materias en nuestro ordenamiento jurídico antes de la trasposición de la Directiva, como derivación necesaria del principio de integridad en la reparación del daño.

Como recuerda la sentencia 366/2022, de 4 de mayo, las presunciones judiciales del art. 386 LEC no suponen una inversión de la carga de la prueba, ni entran en contradicción con las normas que atribuyen las consecuencias de la falta de prueba. Lo que comportan y determinan esas presunciones es la aplicación de la regla de la dispensa de prueba del hecho presunto por la certeza que alcanza el tribunal sobre ese hecho, a la vista del hecho admitido o probado y del enlace preciso y directo entre uno y otro, según las reglas de la sana crítica.

En la aplicación de la presunción judicial, el tribunal de segunda instancia ha partido de los datos que ha considerado probados (fundamentalmente, los que se recogían en la Decisión) y ha llegado a la conclusión de la existencia del daño por la aplicación de las reglas del raciocinio humano y las máximas de experiencia en este campo.

El acierto o desacierto de dicha conclusión excede de lo meramente procesal, al entrañar una valoración jurídica sustantiva propia del recurso de casación.

CUARTO.- Quinto motivo del recurso extraordinario por infracción procesal

1.- Formulación del motivo. En el encabezamiento del quinto motivo del recurso extraordinario por infracción procesal las recurrentes denuncian la "infracción del artículo 218.2 LEC sobre motivación".

Al desarrollarlo, exponen su disconformidad con los argumentos de la sentencia de la Audiencia Provincial, calificando las conclusiones alcanzadas como "irracionales".

2.- Resolución de la Sala. Este motivo también se desestima, por las siguientes razones.

La motivación lógica de las sentencias que exige el precepto legal cuya infracción se denuncia es la del entramado argumentativo y consiste en la exposición de razones coherentes para justificar la decisión, sin que se extienda al acierto o desacierto de las mismas, ni quepa al amparo de dicho precepto traer al recurso extraordinario por infracción procesal el debate sobre las cuestiones de fondo u otras cuestiones procesales.

La argumentación en la que la Audiencia Provincial basa su decisión respeta estas exigencias, sin perjuicio de que las recurrentes no la compartan y consideren que se han cometido infracciones de orden procesal (fundamentalmente, sobre la aplicación de las reglas de la carga de la prueba, las presunciones judiciales y el principio de justicia rogada), denunciadas en los otros motivos del recurso extraordinario por infracción procesal, y sustantivas, denunciadas en el recurso de casación.

3.- Justamente la existencia de esa argumentación lógica y razonada en la sentencia de la Audiencia Provincial es la que ha permitido a los litigantes formular su impugnación, cuestionando la corrección jurídica de tales argumentos.

Recurso de casación de Fiat Chrysler y CNHI

QUINTO.- Motivo primero del recurso de casación: la legitimación pasiva de CNHI

1.- Formulación del motivo. En este motivo primero del recurso de casación, las demandadas denuncian la infracción de la jurisprudencia relativa a la responsabilidad solidaria impropia, al estimar la sentencia recurrida la legitimación pasiva de CNHI

Al desarrollar el motivo, argumentan que la infracción se ha cometido al condenar solidariamente a CNHI a indemnizar los daños derivados de las conductas colusorias objeto de la Decisión cuando en esta solo se le hace responsable de la conducta durante el periodo que va del 1 al 18 de enero de 2011, y el demandante compró el camión Iveco en una fecha anterior.

Alegan las recurrentes que "la responsabilidad solidaria únicamente es exigible a aquellos sujetos

que hayan coincidido en el tiempo con el resto de sujetos responsables directos del daño sobre el que se sustenta esa responsabilidad solidaria. Y lo dicho obliga a excluir la responsabilidad de todo aquel miembro que no forma parte del grupo en el momento en que tuvo lugar el hecho causante del daño, ya porque aún no era miembro de ese grupo -como es el caso de CNH- o bien porque había dejado de serlo antes de que se produjese el hecho lesivo".

2.- Resolución de la Sala. Este motivo del recurso debe ser desestimado por las razones que a continuación se exponen.

Como reseña la nota al pie de página 14 de la Decisión, CNHI ha sucedido a Fiat SpA, tras una serie de modificaciones estructurales, a comienzos del año 2011: en 2011, Fiat S.p.A. se escindió en dos sociedades distintas, y tras sucesivas fusiones, dichas sociedades continuaron existiendo con la denominación de CNH Industrial N.V. y Fiat Chrysler Automobiles N.V., respectivamente.

También es cierto que el apartado 97 de la Decisión, cuando explica la razón de incluir a CNHI entre las destinatarias de la Decisión durante el periodo de tiempo comprendido entre el 1 y el 18 de enero de 2011, resalta su condición de sociedad matriz de Iveco SpA e Iveco Magirus AG y la "influencia decisiva que ejerció sobre ellas".

Está claro que CNHI podría ser demandada como responsable solidaria por los daños ocasionados durante el tiempo en que participo en el cártel, entre el 1 y el 18 de enero de 2011. Pero también puede responder como sucesora de otra sociedad anterior, desaparecida como consecuencia de las modificaciones estructurales que alumbraron CNHI, en concreto como sucesora de Fiat SpA, por la responsabilidad en que hubiera podido incurrir esta última durante el tiempo en que existió, en relación con el cártel declarado y sancionado por la Decisión.

Es cierto que Fiat SpA no aparece como destinataria de la Decisión, pero también lo es que se le menciona en el considerando 35 de la Decisión como solicitante, junto con Iveco SpA y "la totalidad de sus filiales directas e indirectas",

de una dispensa del pago de multas de conformidad con lo dispuesto en el apartado 14 de la Comunicación de Clemencia y, subsidiariamente, la reducción de su importe conforme al punto 27 de dicha Comunicación. Por tal razón, puede considerarse que Fiat SpA era parte de la unidad económica del grupo Iveco que participó en el cártel, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, y, por lo tanto, es responsable de los daños ocasionados por dicho cártel.

En concreto, la sentencia del TJUE (en lo sucesivo, STJUE) de 6 de octubre de 2021 (asunto C-882/19, Sumal, ECLI: EU:C:2021:800), en su apartado 48, ha declarado:

"De cuanto antecede resulta que, en el marco de una acción de resarcimiento por daños y perjuicios basada en la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE, apartado 1, constatada por la Comisión en una decisión, una entidad jurídica que no haya sido designada en dicha decisión como autora de una infracción del Derecho de la competencia puede, no obstante, ser considerada responsable sobre este fundamento debido al comportamiento infractor de otra entidad jurídica si esas dos personas jurídicas forman parte de la misma unidad económica y constituyen, en consecuencia, una empresa, que es la autora de la infracción en el sentido de dicho artículo 101 TFUE".

De tal forma que, si existiera todavía Fiat SpA, el demandante habría podido dirigir frente ella su reclamación de daños sufridos como consecuencia del cártel en que dicha entidad participó. Y al haber desaparecido Fiat, SpA, CNHI respondería como su sucesora por los actos realizados con anterioridad a 2011. En este caso, por los daños ocasionados con la venta de tres camiones en España al demandante, en noviembre de 2001.

Esta responsabilidad de CNHI, como sucesora de Fiat SpA, viene amparada por la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 2019 (asunto C-724/17, Skanska, ECLI:EU:C:2019:204), que en su apartado 38 declara:

"En el caso de una situación de reestructuración empresarial, como la del litigio principal, en la que la entidad que cometió la infracción del Derecho de la Unión en materia de competencia ya no existe, procede recordar que, cuando una entidad que ha cometido una infracción es objeto de un cambio jurídico u organizativo, este cambio no produce necesariamente el efecto de crear una nueva empresa exenta de responsabilidad por comportamientos contrarios a las normas sobre competencia de la antigua entidad si, desde el punto de vista económico, existe identidad entre esta y la nueva entidad (véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de diciembre de 2007, ETI y otros, C-280/06, EU:C:2007:775, apartado 42; de 5 de diciembre de 2013, SNIA/Comisión, C-448/11 P, no publicada, EU:C:2013:801, apartado 22, y de 18 de diciembre de 2014, Comisión/Parker Hannifin Manufacturing y Parker-Hannifin, C-434/13 P, EU:C:2014:2456, apartado 40)".

SEXTO.- Segundo motivo del recurso de casación: la existencia del daño y la relación de causalidad y la estimación de la cuantía de la indemnización

1.- Formulación del motivo. En el encabezamiento del segundo motivo del recurso de casación, las demandadas invocan la infracción, por incorrecta aplicación, de la doctrina jurisprudencial sobre el daño ex re ipsa .

En su desarrollo, las recurrentes hacen diversas consideraciones sobre la citada doctrina jurisprudencial que, alegan, la haría inhábil para su aplicación a la indemnización del daño causado por la infracción del Derecho de la competencia.

Argumentan también que en este caso se sancionó una infracción por objeto, no por efectos, y que puede haber hipótesis plausibles en que un cártel no haya causado daños individuales.

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

El art. 16.1 del Reglamento (CE) 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado, dispone que "cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien

sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 y 82 del Tratado ya haya sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión. [...]"

Este efecto vinculante de las decisiones de la Comisión sobre acuerdos, decisiones o prácticas infractores de las normas de la competencia ha sido precisado por el TJUE en su sentencia de 6 de noviembre de 2012 (asunto C-199/11, Otis y otros):

"50. A este respecto, es cierto que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (sentencia de 14 de septiembre de 2000, Masterfoods y HB, C-344/98, Rec. p. I-11369, apartado 52), que actualmente se encuentra codificada en el artículo 16 del Reglamento nº 1/2003, cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas contemplados, entre otros, en el artículo 101 TFUE que ya hayan sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión.

"51. Este principio se aplica asimismo cuando los órganos jurisdiccionales nacionales conocen de una acción de indemnización del daño ocasionado a consecuencia de un acuerdo o una práctica que se han declarado contrarios al artículo 101 TFUE en una decisión de dicha institución.

"52. La aplicación de las normas de la Unión en materia de competencia se basa, pues, en una obligación de cooperación leal entre, por una parte, los órganos jurisdiccionales nacionales y, por otra parte, la Comisión y los órganos jurisdiccionales de la Unión, respectivamente, en el marco de la cual cada uno debe desempeñar la función que le atribuye el Tratado (sentencia Masterfoods y HB , antes citada, apartado 56)".

Por tanto, al ejercitarse en este procedimiento una acción follow-on de indemnización de los daños y perjuicios eventualmente producidos en el patrimonio del demandante por el cártel ya declarado y sancionado por la Decisión de la Comisión, hemos de partir necesariamente del examen del contenido y alcance de esta Decisión.

3.- Contenido y alcance de la Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016 .

La Decisión de la Comisión, al sancionar una infracción al Derecho de la competencia por objeto, no se ve en la obligación de detallar los concretos efectos ocasionados por las practicas colusorias sancionadas. Pero eso no impide que la propia Decisión contenga algunas alusiones al respecto.

La demandada niega que en este caso el cártel haya ocasionado daño al demandante porque no provocó la subida del precio de los camiones fabricados por las empresas cartelistas. Y basa esta afirmación en que la conducta sancionada fue un mero intercambio de información, que fue inocuo para los compradores de los camiones fabricados por los cartelistas.

El intercambio de información sobre precios ya es considerado por la Comisión como una distorsión de la competencia, causa muy probable de una elevación de precios (apartado 73 de la Comunicación de la Comisión sobre Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal). Pero la Decisión de la Comisión no circunscribe la conducta de las empresas involucradas en el cártel a un mero intercambio de información, sino que va más allá de esta conducta.

4.- La parte dispositiva de la Decisión declaró que las unidades empresariales que reseña a continuación habían infringido el art. 101 TFUE y el art. 53 del Acuerdo EEE -durante determinados periodos de tiempo que indica a continuación-, al participar en prácticas colusorias de fijación de precios e incrementos de precios brutos de los camiones medios y pesados en el EEE; y en relación con el calendario y la repercusión de los costes de introducción de tecnologías de control de emisiones para camiones medios y pesados conforme a las normas EURO 3 a 6:

"By colluding on pricing and gross price increases in the EEA for medium and heavy trucks; and the timing and the passing on of costs for the introduction of emission technologies for medium and heavy trucks required by EURO 3 to 6

standards, the following undertakings infringed Article 101 TFEU and Article 53 of the EEA"

En varios de los considerandos de la Decisión se hace alusión al intercambio de información, no solo sobre precios brutos, sino también sobre otros extremos relevantes para la competencia entre empresas. Pero en otros considerandos se describen expresamente conductas de colusión consistentes en la discusión y adopción de acuerdos sobre la fijación y el incremento de precios, por lo general de los precios brutos y en ocasiones de precios netos. Así ocurre, por ejemplo, en los considerandos 50, 51, 71 y 81, que transcribimos en el idioma de la única versión auténtica:

"(50) These collusive arrangements included agreements and/or concerted practices on pricing and gross price increases in order to align gross prices in the EEA and the timing and the passing on of costs for the introduction of emission technologies required by EURO 3 to 6 standards".

"(51) From 1997 until the end of 2004, the Addressees participated in meetings involving senior managers of all Headquarters (see for example (52)). In these meetings, which took place several times per year, the participants discussed and in some cases also agreed their respective gross price increases. Before the introduction of price lists applicable at a pan-European (EEA) level (see above at (28)), the participants discussed gross price increases, specifying the application within the entire EEA, divided by major markets. During additional bilateral meetings in 1997 and 1998 apart from the regular detailed discussions on future gross price increases, the relevant Addressees exchanged information on harmonising gross price lists for the EEA. Occasionally, the participants, including representatives of the Headquarters of all of the Addressees, also discussed net prices for some countries. They also agreed on the timing of the introduction of, and on the additional charge to be applied to, the emissions technology complying with EURO emissions standards. In addition to agreements on the levels of price increases, the participants regularly informed each other of their planned gross price increases [...]"

"(71) [...] The single anti-competitive economic aim of the collusion between the Addressees was to coordinate each other's gross pricing behaviour and the introduction of certain emission standards in order to remove uncertainty regarding the behaviour of the respective Addressees and ultimately the reaction of customers on the market. The collusive practices followed a single economic aim, namely the distortion of independent price setting and the normal movement of prices for Trucks in the EEA".

"(81) The anti-competitive behaviour described in paragraphs (49) to (60) above has the object of restricting competition in the EEA-wide market. The conduct is characterised by the coordination between Addressees, which were competitors, of gross prices, directly and through the exchange of planned gross price increases, the limitation and the timing of the introduction of technology complying with new emission standards and sharing other commercially sensitive information such as their order intake and delivery times. Price being one of the main instruments of competition, the various arrangements and mechanisms adopted by the Addressees were ultimately aimed at restricting price competition within the meaning of Article 101(1) of the TFEU and Article 53(1) of the EEA Agreement".

Así se explica que en la parte dispositiva de la Decisión se declare la existencia de colusión en la fijación de precios e incrementos de precios brutos en el Espacio Económico Europeo (EEE) de camiones medianos y pesados, y no simplemente un intercambio de información.

También es muy significativo que el resumen de la Decisión que la propia Comisión europea publicó en español afirme que "[l]a infracción consistió en acuerdos colusorios sobre la fijación de precios y los incrementos de los precios brutos de los camiones en el EEE" y no en un mero intercambio de información.

5.- Este entendimiento sobre la conducta sancionada por la Decisión coincide con lo declarado por el TJUE cuando ha tenido que aplicar la Decisión. En el apartado 16 de la sentencia de 22 de junio de 2022 (asunto C-

267/20, Volvo y DAF Trucks, ECLI: EU:C:2022:494), el TJUE declara:

"Mediante dicha Decisión, la Comisión declaró que varios fabricantes de camiones, entre los que se encuentran Volvo y DAF Trucks, infringieron el artículo 101 TFUE y el artículo 53 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992 (DO 1994, L 1, p. 3), al pactar, por un lado, la fijación de precios y los incrementos de los precios brutos de los camiones con un peso de entre 6 y 16 toneladas, esto es, camiones medios, o con un peso superior a 16 toneladas, es decir, camiones pesados, en el Espacio Económico Europeo y, por otro lado, el calendario y la repercusión de los costes para la introducción de las tecnologías de emisiones exigida por las normas Euro 3 a Euro 6 [...]"

Y el apartado 21 de la STJUE de 16 de febrero de 2023 (asunto C-312/21, Tráficos Manuel Ferrer, ECLI: EU:C:2023:99), se pronuncia en términos muy parecidos:

"[...] conclusión de acuerdos colusorios sobre la fijación de precios y los incrementos de los precios brutos de los camiones medios y pesados en el Espacio Económico Europeo [...]"

6.- Existencia del daño y de la relación de causalidad. Las recurrentes afirman que la sentencia de la Audiencia Provincial hace una presunción del daño y de la relación de causalidad basada en el art. 386 LEC y en el acervo jurisprudencial existente antes de la transposición de la Directiva, que en realidad supone una aplicación indebida del art. 17.2 de la Directiva, inaplicable a este litigio por razones temporales.

También argumentan que, para presumir la existencia del daño, la sentencia recurrida no parte de los hechos probados sino de estadísticas. Alegan que no es correcto afirmar que la Decisión declare que el cártel tuvo efectos sobre los precios porque se trató de una infracción por objeto, no por efectos.

Y, por último, las recurrentes cuestionan la aplicación de la doctrina *ex re ipsa* para afirmar la existencia del daño, pues hay múltiples combinaciones e hipótesis plausibles de las que

resulta que un cártel no ha provocado daños individuales, ya en general, ya respecto de un demandante determinado, y alegan los siguientes ejemplos:

"[...] que la conducta no fuera realmente un cártel de fijación de precios; que circunstancias exteriores al cártel hicieran imposible un hipotético incremento de precios en el mercado por encima de un determinado nivel que habría sido el mismo en todo caso; que la información intercambiada sobre precios fuera inservible para influir en la política real de precios netos dada la imposibilidad de predecir los cambios y grandes descuentos o negociaciones individuales con los clientes sobre la base de diferentes condiciones comerciales, o por tratarse de un producto tan heterogéneo que no puede anticiparse su composición final; que el operador en cuestión hubiera adquirido el camión a un precio inferior al supuesto precio que derivaría de la conducta, merced a las relaciones que mantenía con el vendedor o a su especial poder de demanda; que los partícipes en una conducta hubieran pactado precios inferiores a los que el mercado habría producido; sencillamente, que los participantes en la conducta no modificaran sus precios a la luz de la información intercambiada; y muchos etcéteras que hacen imposible decir que, *prima facie*, una conducta anticompetitiva produce daños *ex re ipsa*".

7.- En primer lugar, hemos de precisar que la sentencia de la Audiencia Provincial no aplica el art. 17.2 de la Directiva, que ha sido traspuesto en el art. 76.3 de la Ley de Defensa de la Competencia. Este precepto no es aplicable en este litigio por razones temporales, al preverlo así el art. 22.1 de la Directiva, en la interpretación dada por la citada STJUE de 22 de junio de 2022 (asunto C-267/20, Volvo y DAF Trucks), en sus apartados 90 y siguientes y en su parte dispositiva, y el apartado primero de la disposición transitoria primera del Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, que la traspuso al Derecho interno.

La sentencia recurrida no declara que, por el simple hecho de tratarse de un cártel, debe presumirse que ha causado daños, en concreto un incremento ilícito del precio de los camiones

afectados por el cártel. Fueron las concretas y significativas características de este cártel las que permitieron a la Audiencia Provincial presumir la existencia del daño.

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

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

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

Efectivamente, la Comisión no consideró necesario entrar a valorar los efectos reales del cártel por tratarse de un acuerdo que tenía por objeto la evitación, restricción o distorsión de la competencia en el mercado interior (en este sentido, apartados 80 y 82 de la Decisión), sin que

el apartado 85 suponga una descripción de los efectos del cártel sino simplemente la justificación de la aplicabilidad del art. 101 TFUE y 53 del Acuerdo sobre el EEE, y no de la norma de Derecho nacional de la competencia, así como la competencia de la Comisión Europea, y no de las autoridades nacionales de la competencia, para sancionar la conducta anticompetitiva.

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

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

En consecuencia, no cabe apreciar que la Audiencia Provincial haya incurrido en ninguna infracción del art. 16.1, del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, por el que se establece el principio de vinculación de las Decisiones dictadas por la Comisión Europea y la interdicción de resoluciones judiciales de los órganos judiciales nacionales que resulten incompatibles con aquellas, por el hecho de haber concluido que la conducta sancionada por la

Decisión sí tuvo efectos sobre los precios de transacción.

10.- Asimismo, las "hipótesis plausibles" que se esgrimen por las recurrentes para cuestionar que el cártel haya producido efectos, no son admisibles. Algunas de estas hipótesis se formulan sobre bases incorrectas (que el acuerdo tuvo por objeto el intercambio de información y no la fijación de precios); otras no son plausibles (que el pacto entre los cartelistas lo fue para fijar un precio inferior al que resultaría de una competencia no distorsionada); y, finalmente, otras exigen basarse en hechos que el tribunal de apelación haya considerado probados, lo que no ocurre en este caso (la existencia de passing on a los siguientes eslabones del mercado).

11.- Otra razón que las recurrentes esgrimen para impugnar la conclusión de la sentencia recurrida de que el cártel produjo un daño consistente en la elevación artificial del precio de los camiones es la existencia en ese sector de descuentos en el precio final pagado por los adquirentes de los camiones.

Este argumento no podemos aceptarlo. Esos descuentos, que dependen principalmente del poder de negociación del cliente, se producen haya o no acuerdo colusorio. Y no se ha probado que la política de descuentos haya nacido como consecuencia del cártel.

Sentado lo anterior, si existe un cártel que ha elevado los precios brutos, esos posibles descuentos se habrán producido desde un nivel de precios más alto que si no hubiera existido el cártel. En definitiva, por más que intervengan diversos factores en la fijación del precio final, si se parte de un precio bruto superior al que habría resultado de una competencia no distorsionada por el cártel, el precio final también será más elevado.

Es lo que la sentencia del Tribunal de Distrito de Ámsterdam de 12 de mayo de 2021 ha denominado gráficamente el "efecto marea": es como si la marea levantara todos los barcos. Cada uno de los barcos puede seguir subiendo y bajando con las olas, pero incluso el barco más bajo está en un nivel más alto y eso son los precios

más altos que pagan los compradores de camiones.

No se entiende por qué los escalones intermedios del mercado (las filiales nacionales encargadas de la distribución y los concesionarios, ya fueran independientes o dependientes de los fabricantes) habrían absorbido en sus márgenes comerciales durante 14 años los aumentos de precios brutos provocados por la conducta ilícita de los fabricantes evitando de este modo su repercusión en los compradores finales.

12.- Por último, la heterogeneidad de los productos afectados por el cártel (por la gran variedad de modelos de camiones y de equipamientos) dificulta que los demandantes puedan probar la cuantía precisa del daño, pero no excluye la producción del daño como sostienen las demandadas. Aunque esta heterogeneidad hipotéticamente pudiera dificultar la eficiencia de los acuerdos colusorios, no excluiría la producción de daños.

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

Y con base en estos hechos y en la propia racionalidad económica de la existencia de un cártel de estas características (con una alta exposición al riesgo de elevadas sanciones, cuya asunción carecería de lógica en ausencia de todo beneficio), aplicando las reglas del raciocinio humano y las máximas de experiencia (reflejadas muchas de ellas en los documentos elaborados por las instituciones de la Unión Europea, como es el caso de la Guía práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios

por incumplimiento de los arts. 101 o 102 TFUE), puede presumirse que la infracción ha producido un daño en los compradores de los productos afectados por el cártel, consistente en que han pagado un precio superior al que habrían pagado si el cártel no hubiera existido.

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

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

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

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

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

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

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

16.- La preocupación por las dificultades que presenta la cuantificación del daño ocasionado por las conductas infractoras del Derecho de la competencia, que pueden ser un obstáculo significativo para el resarcimiento de tales daños y la consecuente eficacia del derecho de los perjudicados al resarcimiento de esos daños, aparece en la Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los

artículos 101 o 102 TFUE y la Guía práctica que le acompañaba, y se reflejó también en los considerandos de la Directiva (por ejemplo, apartados 45 y 46).

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

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

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

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

perjudicado, que estiman inidóneo para realizar esta cuantificación.

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

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

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

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

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

El demandante presentó un informe pericial basado en estudios académicos y estadísticos, que empleaba como soporte en gran medida el denominado estudio Oxera de 2009, encargado por la Comisión Europea. El tribunal de apelación, como muchas otras Audiencias, ha desechado este informe porque los estudios de investigación en los que se basaba habían sido realizados con una finalidad ajena a la concreta cuantificación de un daño, sin que sus conclusiones puedan extrapolarse sin más a cualquier caso (al margen de las características del cártel y de los productos afectados) por remisión a una media ponderada.

Obviamente, el presente caso se sitúa dentro de la primera oleada de reclamaciones judiciales por este cártel en España, cuando todavía no se habían generalizado estas valoraciones judiciales que negaban eficacia de los métodos estadísticos para valorar concretos daños causados en la adquisición de un vehículo afectado por el cártel.

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

21.- Por eso, que la sentencia recurrida considere inadecuado el método empleado para la cuantificación del sobrecoste y, por tanto, haya rechazado sus conclusiones, no supone, sin más, la inactividad del demandante. Sobre todo si tenemos en cuenta que, a las dificultades propias de la cuantificación del daño en asuntos de

competencia a que hacían referencia los apartados 17 y 123 de la citada Guía práctica, se suman las derivadas de las especiales características del cártel de los camiones.

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

En este contexto, las propias características de este cártel contribuyen a considerar que, en este caso, la falta de idoneidad del informe presentado por el demandante para cuantificar el sobreprecio no supone una inactividad que impida la estimación judicial. Se trata de un cártel de 14 años de duración, que abarcaba todo el EEE y en el que los participantes en el cártel eran los mayores fabricantes europeos con una cuota de mercado de aproximadamente el 90% en el ámbito del EEE; con documentos redactados en varios idiomas distintos del propio del demandante; con una solicitud de clemencia y una transacción que obstaculizan aún más la obtención de los documentos relevantes (art. 283.bis.i. 6 LEC). Estas características del cártel y la propia dificultad de precisar y encontrar la documentación que pudiera ser relevante en la práctica deben relacionarse con la existencia de un escaso plazo legal de 20 días para presentar la demanda tras la práctica de la medida de acceso a las fuentes de prueba (art. 283.bis.e. 2 LEC).

Sin que además podamos obviar la desproporción que se advierte fácilmente, en un caso como este (en que un camionero reclama por el sobreprecio pagado por la compra de un camión), entre el interés litigioso y el coste que podría generarle la práctica de las diligencias necesarias para acceder

a la documentación que pudiera ser relevante en ese caso concreto y la elaboración del posterior informe pericial. Desproporción que convertiría en claramente antieconómica la reclamación judicial del demandante.

En este sentido, el apartado 124 de la Guía práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea considera relevante los costes y el tiempo que exige la consecución de estos datos y su proporcionalidad en relación con el valor de los daños y perjuicios que se reclaman. Se afirma en este apartado de la Guía Práctica:

"Los costes y la carga para una parte perjudicada y su proporcionalidad pueden ser particularmente relevantes habida cuenta del principio de efectividad".

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

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

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

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

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

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

Y para garantizar el cumplimiento de estos objetivos, el TJUE fija los criterios a que deben atender las normas nacionales relativas al modo de ejercicio del derecho a solicitar la reparación del daño:

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

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

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

23.- Las recurrentes argumentan que la sentencia de esta sala 651/2013, del cártel del azúcar, declaró que "[l]o exigible al informe pericial que aporte la parte perjudicada es que formule una

hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos".

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

En el caso ahora enjuiciado, la Audiencia Provincial no ha aceptado las conclusiones del informe pericial presentado por el demandante, por lo que no ha infringido la citada doctrina jurisprudencial. Pero el hecho de que la Audiencia Provincial no haya aceptado en este caso el informe pericial no supone que haya existido una inactividad probatoria del demandante que impida hacer uso de las facultades estimativas, habida cuenta de las dificultades que las circunstancias concurrentes en el cártel suponían para que el demandante pudiera probar el importe del daño.

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

24.- La conclusión de lo anterior es que la actividad probatoria desplegada por el demandante, en

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

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

Estas circunstancias descritas en la Decisión son también suficientes para entender que ese daño no fue insignificante o meramente testimonial. Lo que no ha resultado probado en este caso es que el importe de ese daño haya sido superior al 5% del precio del camión, que es el porcentaje que el tribunal de segunda instancia considera como importe mínimo del daño, atendidas las referidas circunstancias del cártel y los datos estadísticos sobre los porcentajes de sobreprecio que suelen causar los cárteles, en aplicación de las facultades estimativas que el ordenamiento jurídico le atribuía antes incluso de la trasposición de la Directiva, como consecuencia directa del principio de indemnidad derivado de los arts. 1902 CC y 101 TFUE.

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

Lo anterior no impide tampoco que el demandado pueda acreditar que el daño fue inferior a ese porcentaje mínimo, lo que no consta en este caso pues en el informe pericial presentado por las demandadas, cuya eficacia probatoria ha sido

descartada por los tribunales de instancia, no se contiene una valoración alternativa del daño.

SÉPTIMO.- Tercer motivo del recurso de casación: el dies a quo del devengo de intereses

1.- Formulación del motivo. En el encabezamiento del último motivo del recurso de casación se denuncia la "infracción del art. 1108 CC en relación con el art. 1101 CC y de la jurisprudencia que los interpreta en cuanto se refiere a la fijación del dies a quo para el inicio del devengo de los intereses legales".

En el desarrollo del motivo, las recurrentes argumentan que no procede ningún interés moratorio porque lo impide la regla in illiquidis non fit mora y que, en todo caso, de proceder la condena al pago de intereses, tratándose de una acción de indemnización, los intereses deben devengarse desde la fecha de presentación de la demanda y no desde la fecha de la compra del camión.

2.- Decisión del tribunal: el pago de intereses como resarcimiento del daño causado por la conducta infractora del Derecho de la competencia

El motivo del recurso debe desestimarse por las razones que siguen.

El art. 3 de la Directiva 2014/104/UE establece:

"Derecho al pleno resarcimiento

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

" 2. El pleno resarcimiento deberá devolver a una persona que haya sufrido un perjuicio a la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción del Derecho de la competencia. Por tanto, dicho resarcimiento abarcará el derecho a indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses.

" 3. El pleno resarcimiento con arreglo a la presente Directiva no conllevará una

sobrecompensación, bien mediante indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo".

3.- Aunque la Directiva no resulte aplicable por razones temporales, su art. 3 confirmó una jurisprudencia previa dictada en aplicación del art. 101 TFUE y por tanto aplicable a la acción ejercitada, como expresa el apartado 35 de la citada STJUE de 16 de febrero de 2023 (Tráficos Manuel Ferrer, asunto C-312/21), que declara:

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

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

"95 Por otra parte, en virtud del principio de efectividad y del derecho de toda persona a solicitar la reparación del perjuicio causado por un contrato o un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la competencia, los perjudicados no sólo deben poder solicitar

reparación del daño emergente, sino también del lucro cesante, así como el pago de intereses.

[...]

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

4.- El apartado 20 de la Guía Práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que acompaña a la Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado, tiene este contenido:

"La adición de intereses también deberá tenerse en cuenta. La concesión de intereses constituye un elemento indispensable de la reparación. Como ha destacado el Tribunal de Justicia, la reparación íntegra del perjuicio sufrido debe incluir la reparación de los efectos adversos ocasionados por el lapso de tiempo transcurrido desde que se produjo el perjuicio causado por la infracción (18 Asunto C-271/91, Marshall, Rec. 1993, p. I-4367, apartado 31. asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, Manfredi, Rec. 2006, p. I-6619, apartado 97; Comisión Europea, Libro blanco sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia (COM(2008) 165), sección 2.5 y el documento de trabajo de los servicios de la Comisión que lo acompaña (SEC(2008) 404), apartado 187). Estos efectos son la depreciación monetaria (19 Asunto C-308/87, Grifoni II, Rec. 1994, p I-341, apartado 40. Conclusiones del Abogado General Tesauro en el asunto C-308/87, Grifoni II, Rec. 1994, p I-341, apartado 25; asuntos acumulados C-104/89 y C-37/00, Mulder y otros/Consejo y Comisión, Rec. 2000, p. I-203, apartado 51. En lo referente a la pérdida del poder adquisitivo, véanse los asuntos acumulados T-17/89, T-21/89 y T-25/89, Brazzelli Lualdi, Rec. 1992, p. II-293, apartado 40) y la oportunidad

perdida para la parte perjudicada de tener el capital a su disposición (20 Véanse las Conclusiones del Abogado General Saggio en los asuntos acumulados C-104/89 y C-37/00, Mulder y otros/Consejo y Comisión, Rec. 2000, p. I-203, apartado 105). La legislación nacional debe tener en cuenta estos efectos como interés legal u otras formas de interés, siempre que se ajusten a los principios de efectividad y de equivalencia antes citados".

Así lo recoge también actualmente el considerando 12 de la Directiva.

5.- La sentencia recurrida, al condenar a las demandadas al pago de los intereses legales de la indemnización desde la fecha de la producción del daño (fecha de la compra del camión con sobreprecio), es conforme con esta jurisprudencia. No se trata por tanto de una indemnización por mora, basada en los arts. 1101 y 1108 CC, sino de una medida destinada a que el resarcimiento del daño sufrido por la víctima de la conducta infractora del Derecho de la competencia sea pleno, contrarrestando el efecto del transcurso del tiempo entre el momento de la producción del daño y el momento en que se acuerda la reparación de dicho daño. Se trata de una exigencia derivada del art. 101 TFUE, en la interpretación que le ha dado la jurisprudencia del TJUE.

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

Recurso de casación de D. Jenaro

OCTAVO.- Primer motivo del recurso de casación

1.- Formulación del motivo. En el encabezamiento del primer motivo del recurso de casación del demandante se invoca la infracción del art. 1902 CC en relación con el principio de reparación íntegra del daño.

En el desarrollo del motivo se alega que la infracción se habría cometido al conceder una indemnización de tan solo el 5% del sobreprecio del camión. El recurrente argumenta que mientras que en la sentencia del cártel del azúcar se estimó plenamente la demanda, la sentencia recurrida solo estimó en parte la demanda; "de no haberse catalogado al método empleado por el Sr. Humberto [el perito] como inhábil para estimar el daño (siempre atendiendo a las circunstancias del caso) habríamos estado ante una estimación del Recurso de Apelación interpuesto por esta parte" y una plena estimación de la demanda.

2.- Resolución del tribunal. Este motivo debe ser desestimado por las razones que se exponen a continuación.

Para que se hubiera producido la vulneración del principio de indemnidad habría sido necesario que se hubiera probado que el daño efectivamente sufrido por el demandante fue superior al 5% del precio del camión, que ha sido la indemnización fijada por la Audiencia Provincial.

Al no haberse probado tal extremo, el principio de íntegra reparación del daño no ha sido infringido.

El principio de íntegra reparación del daño no impone la aceptación incondicionada del informe pericial de valoración del daño que aporte el perjudicado.

NOVENO.- Segundo motivo del recurso de casación: desestimación por concurrir causa de inadmisión

1.- En el encabezamiento del segundo motivo se cita como infringido un precepto legal derogado hace más de 20 años, el art. 1214 CC, y un precepto legal, el art. 1225 CC, que tiene carácter procesal, por lo que no puede fundamentar un recurso de casación.

Además, en el desarrollo del motivo no se argumenta cómo se infringe el único precepto legal vigente que se cita como infringido, puesto que los argumentos que se exponen nada tienen que ver con el valor que entre quienes lo hubieran suscrito y sus causahabientes tiene el documento privado reconocido legalmente, que es lo regulado en el art. 1225 CC.

2.- Lo expuesto supone la falta absoluta de fundamento del motivo del recurso, causa de inadmisión que constituye en este momento procesal causa de desestimación del recurso.

(...)

[Ver documento](#)

SENTENCIA 928/2023 DEL TRIBUNAL SUPREMO, CIVIL, DE 12 DE JUNIO DE 2023

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 12 de febrero de 1999, D. José suscribió un contrato de arrendamiento financiero con Transolver Finance S.A., por importe de 13.600.000 pesetas, para la adquisición de un camión Iveco, modelo LD440E 42TP, matrícula I...NQ. La arrendadora financiera compró el camión a un concesionario de Iveco, Algar Motor S.A.

2.- El 19 de julio de 2016, la Comisión Europea dictó una Decisión [CASE AT.39824 -Trucks] (en lo sucesivo, la Decisión) en la que recogía el reconocimiento de hechos constitutivos de prácticas colusorias infractoras del art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y 53 del Acuerdo EEE por parte de quince sociedades integradas en cinco empresas fabricantes de camiones (MAN, DAF, IVECO, DAIMLER MERCEDES y VOLVO/RENAULT). De acuerdo con la parte dispositiva de la Decisión, las conductas infractoras, desarrolladas entre el 17 de enero de 1997 y el 18 de enero de 2011, consistieron en la colusión en la fijación de precios e incrementos de precios brutos en el Espacio Económico Europeo (EEE) de camiones medianos y pesados y en el calendario y la repercusión de los costes de introducción de tecnologías de control de emisiones para camiones medios y pesados conforme a las normas EURO 3 a 6. La Decisión impuso a esas empresas cuantiosas multas por la comisión de tales infracciones, les ordenó poner término a las referidas infracciones si no lo hubieran hecho ya y abstenerse de repetir

cualquier acto o conducta como las descritas o que tuviera similar objeto o efecto. Un resumen de esta decisión fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 6 de abril de 2017.

3.- El 12 de julio de 2017, el Sr. José envió una carta por correo certificado a Iveco España S.L. en su domicilio de Madrid, en la que realizaba una reclamación por haber formado Iveco parte del cártel.

El 3 de julio de 2018, el Sr. José remitió un burofax al domicilio de Iveco España, S.L., pero dirigido no sólo contra esta compañía, sino también contra Iveco SpA y CNH Industrial and Fiat Chrysler Automobiles N.V.

4.- El 13 de julio de 2018, el Sr. José presentó una demanda contra Iveco SpA, en la que reclamaba el daño producido por el sobrecoste en el precio del camión a consecuencia de las prácticas colusorias, con fundamento en la Decisión de la Comisión Europea de 19 de junio de 2016 (en adelante, la Decisión). Y solicitó que se condenara a la demandada al pago de 12.270 €, más el daño que se acredite por el pacto de retraso en la aplicación de tecnologías sobre emisiones, con sus intereses legales desde la fecha de la compraventa.

5.- Tras la oposición de la parte demandada, la sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y fijó los daños por la practica colusoria en el 5% del precio de compraventa del camión (4.086,88 €), sin incluir los sobrecostes por implantación de nuevas tecnologías, más los intereses legales desde la fecha de la compra.

6.- La parte demandada interpuso un recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial, al considerar que la primera reclamación extrajudicial se dirigió contra una persona no legitimada (la filial española de Iveco) y no contra la empresa matriz, por lo que no tuvo efecto interruptivo de la prescripción; y cuando se presentó la segunda reclamación extrajudicial y posteriormente la demanda, la acción ya estaba prescrita, al ser el plazo de prescripción de un año.

7.- El Sr. José ha interpuesto un recurso de casación.

SEGUNDO.- *Único motivo de casación: plazo de prescripción de la acción indemnizatoria por prácticas colusorias*

1.- *Planteamiento.* El único motivo de casación denuncia la infracción del art. 1973 CC, en cuanto a la interrupción de la prescripción.

En el desarrollo del motivo, la parte recurrente aduce, resumidamente, que la reclamación extrajudicial realizada a la filial española de la empresa fabricante del camión debe tener efecto interruptivo de la prescripción, puesto que en el Derecho de la Unión Europea de la competencia el concepto de empresa abarca cualquier entidad que ejerza una actividad económica, que puede incluir varias personas físicas y/o jurídicas. El TJUE ha partido del concepto de unidad económica para considerar que una empresa matriz y su filial constituyen una empresa única.

En su virtud, si el día inicial del plazo de prescripción fue el 6 de abril de 2017 (fecha de la publicación de la Decisión) y la primera reclamación extrajudicial se presentó el 12 de julio de 2017, la acción no estaría prescrita.

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

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

Esta premisa es errónea por lo siguiente. La Directiva, al regular el régimen de aplicación transitoria de sus disposiciones, distingue entre las normas sustantivas y las normas procesales (art. 22). De tal manera que, mientras establece la

irretroactividad de las disposiciones sustantivas (art. 22.1) para las normas procesales, prevé que los Estados miembros puedan establecer que sean aplicables a las acciones de daños ejercitadas con posterioridad al 26 de diciembre de 2014 (art. 22.2). Para conocer si una norma tiene naturaleza sustantiva o procesal ha de estarse al Derecho de la Unión. Del mismo modo que también corresponde al Derecho de la Unión la determinación del alcance general de la irretroactividad previsto en el art. 22.1 de la Directiva (STJUE de 22 de junio de 2022, C-267/20, *DAF & Volvo*; ECLI: EU:C:2022:494).

Como resaltó la Comisión Europea en sus observaciones al asunto que dio lugar a la citada STJUE de 22 de junio de 2022 (C-267/20, *DAF & Volvo*), las cuestiones planteadas por la Audiencia Provincial de León tenían por objeto determinar si ciertas disposiciones de la Directiva "se aplican a una situación como la del litigio principal, es decir, a una acción de daños ejercitada con posterioridad a la entrada en vigor de la normativa de transposición, pero referida a hechos o a una decisión adoptada por la autoridad anteriores a dicha entrada en vigor".

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

El art. 10 de la Directiva determina el período y las condiciones de vigencia de la acción indemnizatoria, que se extingue con el transcurso del plazo legalmente fijado, con lo que se trata de una disposición sustantiva. A su vez, el art. 74 LDC es la norma adoptada en España para la transposición del art. 10 de la Directiva, sin que respecto del mismo se haya previsto un régimen distinto que para el resto del Título VI de la LDC (la

DT1ª del Decreto-Ley 9/17 se limita a decir que "no se aplicarán con efecto retroactivo").

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

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

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

Mutatis mutandis, se trata del mismo supuesto previsto en derecho nacional con carácter general en la Disposición Transitoria Cuarta del Código Civil.

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

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

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

Tampoco puede tener influencia alguna un documento interno del despacho de abogados que defiende a la demandada presentado por la parte demandante de forma completamente extemporánea tras la finalización de la vista.

8.- Como consecuencia de lo expuesto, el recurso de casación debe ser estimado y como la Audiencia Provincial, al haber apreciado la prescripción de la acción, no examinó el resto de los motivos del recurso de apelación, deben devolverse las actuaciones para que dicte nueva sentencia. Es decir, el pronunciamiento de esta sala debe limitarse, como autoriza el artículo 487.2 LEC, a casar la sentencia recurrida para que la Audiencia Provincial, como órgano de segunda instancia plenamente facultado para conocer de

todas las cuestiones de hecho y de derecho objeto del recurso de apelación, las resuelva en sentencia que no podrá ya apreciar la prescripción de la acción ejercitada en la demanda. En todo caso, tanto la apelación como el eventual recurso de casación que se interponga contra la nueva sentencia de la Audiencia Provincial, serán de tramitación preferente.

(...)

[Ver documento](#)

SENTENCIA 939/2023 DEL TRIBUNAL SUPREMO, CIVIL, DE 13 DE JUNIO DE 2023

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO. *Resumen de antecedentes*

1.- Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia y que guardan relación con lo que es objeto de recurso.

El 1 de septiembre de 2003, Melchor adquirió un camión marca MAN, modelo TGA de 26 Tms por un importe de 81.136,63 euros. La entidad que vendió el camión es MAN Vehículos Industriales España, S.A., en la actualidad MAN Truk & Bus Iberia, S.A. (en adelante MAN Iberia). Esta sociedad está participada íntegramente por la sociedad MAN Truk & Bus AG (en adelante, MAN AG).

MAN AG es una de las sociedades que aparece como destinataria de la Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016 (en adelante, la Decisión), que declara su "participación en una colusión relativa al sistema de fijación de precios, los incrementos de los precios brutos de camiones medios y pesados, el calendario y repercusión de los costes de introducción de tecnologías de control de emisiones para camiones medios y pesados (...)", desde el 17 de enero de 1997 hasta el 20 de septiembre de 2010.

2.- Melchor interpuso una demanda contra MAN Vehículos Industriales España, S.A., en la que, sobre la base de la infracción del Derecho de la

Competencia declarada por la Comisión Europea en su Decisión de 19 de julio de 2016, pedía la condena de la demandada a indemnizarle en el sobrecoste ocasionado por el cártel en la compra del camión el 1 de septiembre de 2003, que, apoyado en un informe pericial que cifraba dicho sobrecoste en un 20,7% respecto del precio de adquisición, pedía 13.914.90 euros más un daño adicional de 400 euros derivados del " *passing on*" relativo a la implementación de las tecnologías medioambientales.

3.- La sentencia de primera instancia desestimó todas las excepciones formuladas por la demandada, entre las que se encontraba la falta de legitimación pasiva de MAN Iberia fundaba en que, aun siendo una entidad filial del grupo MAN, no aparecía entre las destinatarias de la Decisión.

Y, en cuanto al fondo del asunto, el juzgado estimó en parte la demanda al apreciar el daño consistente en el sobreprecio derivado del cártel, que determinó en un 5% aplicado sobre el precio de adquisición del camión, descontados los impuestos.

4.- La sentencia fue recurrida en apelación por MAN Iberia e impugnada por el demandante. La Audiencia estima el recurso de MAN Iberia al apreciar la falta de legitimación pasiva, con la siguiente argumentación:

"1. Punto de partida es el relativo a que la entidad demandada MTB IB no es destinataria de la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016, aportada al proceso. En lo que al grupo MAN se refiere, en el párrafo 95 se relacionan las sociedades del grupo (matriz y filiales) que se consideran conjunta y solidariamente responsables por las conductas infractoras que motivan la sanción, (entre las que no aparece la demanda) y en el artículo 4 de la Decisión se reseñan las destinatarias de la misma, con sus correspondientes direcciones. Como no puede ser de otro modo, el pronunciamiento se sustenta en la descripción que se contiene a lo largo del documento en torno a una serie de actos, realizados por concretos sujetos en unas determinadas fechas, que han sido objeto de

investigación y que conducen a las conclusiones expresadas por la Comisión.

"2. No enerva lo anterior el hecho de que el párrafo 25 de la Decisión (citado por el magistrado en la sentencia, y precisamos, incluido en el apartado relativo a la "Descripción del mercado de los camiones") indique que todos los destinatarios de la misma disponen de filiales comercializadoras nacionales en mercados domésticos estratégicos que, generalmente importan los camiones. La Comisión, no obstante, no dirige su pronunciamiento contra todas ellas, sino en el caso de MAN, contra las filiales alemanas con descripción de las prácticas colusorias en las que han incurrido.

"3. No ofrece duda la doctrina emanada del Tribunal de Justicia en el sentido -no cuestionado- de extender la responsabilidad de la filial a la matriz en el marco de la unidad económica y de control que se ejerce sobre la primera. Nos remitimos a la Sentencia de 27 de abril de 2017 (C-516/15 P, Azko Nobel) y a su párrafo 52 transcrito en la Sentencia de la Audiencia de Murcia (para evitar reiteraciones).

"4. Sin embargo, no conocemos resoluciones en sentido inverso (extensión de responsabilidad de "arriba a abajo") (...)

"5. En este marco, el hecho de que la demandada sea una filial íntegramente participada por la matriz, dedicada a la comercialización en España de los camiones de MAN, a priori, no estando incluida en la Decisión descripción de conducta colusoria en la que haya participado, no permite "recorrer un camino inverso" de responsabilidad - en los términos expresados en la sentencia-, mediante la condena a la filial por los actos de la matriz, sin soporte en la Decisión de la Comisión ni en pronunciamientos del TJUE en la línea apuntada.

"6. Tampoco podemos sustentar la legitimación en el argumento práctico de la mayor comodidad y menor coste económico que supone demandar en España a la filial, que emplazar a la matriz en su domicilio en Alemania, en un escenario de múltiples procedimientos judiciales a lo largo de todo el territorio nacional, seguidos contra las

matrices, como se desprende de la propia base de datos del Cendoj, en los que ya han recaído pronunciamientos de condena en la instancia.

"7. Tampoco podemos obviar el principio de personalidad jurídica ni los efectos vinculantes de la Decisión de la Comisión que sirve de fundamento al ejercicio de la acción de reparación de daños. Ni el concreto marco en el que se ha planteado la demanda, que nos vincula por mor del principio de congruencia de las resoluciones judiciales con lo postulado y lo resistido en el proceso.

"8. No perdemos de vista, finalmente, que la acción ejercitada es una acción "follow on" en la que la actora trajo a la demandada a la litis por su coordinación "con otras cinco compañías a la hora de establecer los precios de venta de los vehículos industriales entre 1997 y 2011..." con sustento en la Decisión de la Comisión en la que, pese a la genérica imputación que le hace el demandante, la demandada ni es destinataria, ni aparece mencionada".

5.- Frente a la sentencia de apelación, el demandante formula un recurso de casación sobre la base de un solo motivo.

Recurso de casación

SEGUNDO. *Recurso de casación: legitimación pasiva de MAN Iberia*

1.- *Planteamiento.* El motivo denuncia la infracción de los arts. 1902 del Código Civil (CC) y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo "sobre extensión de responsabilidad civil a los grupos de sociedades" (sentencias de 12 de enero de 2014 y 5 de abril de 2010).

En el desarrollo del motivo se aduce que la acción ejercitada es de reclamación de los daños sufridos por el demandante como consecuencia de una conducta contraria a la Competencia declarada y sancionada por la Comisión Europea, en su Decisión de 19 de julio de 2016. Tanto por aplicación del art. 1902 CC, como del art. 11 de la Directiva de 2014, "se infiere que es responsable del daño la persona física o jurídica causante del

daño, lo que en términos de aplicación privada del Derecho de la competencia se traduce en que es responsable de los daños y perjuicios causados el que haya infringido los arts. 101 y 102 TFUE y si hay infracción conjunta, serán responsables conjuntos y solidarios".

El recurrente entiende que "la recta aplicación de tales principios lleva a concluir (...) que la responsabilidad de MAN Truk & Bus AG se puede convertir en responsabilidad extendiendo aguas abajo hacia la filial MAN Iberia. Estamos en un asunto en que el espíritu que ha llevado al Tribunal de Justicia a imputar a la matriz el comportamiento anticompetitivo de su filial en base al principio de unidad económica opera plenamente. El elemento relativo al ejercicio de influencia decisiva en el que el Tribunal de Justicia funda (...) la responsabilidad personal de los integrantes de las unidades económicas, es aplicable para convertir la responsabilidad administrativa en responsabilidad civil y extenderlas de la matriz hacia su filial". Y recuerda que, en este caso, la sociedad matriz participa en el 100% del capital social de la filial.

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

En el presente caso, consta que la sociedad MAN AG aparece entre las destinatarias de la Decisión de 19 de julio de 2016 y que su participación se sitúa en el periodo comprendido entre el 17 de enero de 1997 y el 20 de septiembre de 2010.

Durante este periodo, en concreto el 1 de septiembre de 2003, una filial participada enteramente por MAN AG, que en la actualidad se denomina MAN Iberia, vendió a Melchor un camión marca MAN, modelo TGA de 26 Tms, por un importe de 81.136,63 euros (precio neto sin impuestos).

Se cuestiona en qué medida MAN Iberia puede ser responsable de la causación de un eventual daño que supone un sobreprecio en la adquisición de este camión, como consecuencia del cártel sancionado por la Decisión de 19 de julio de 2016, si esta sociedad vendedora propiamente no se encuentra entre las destinatarias de la Decisión. Y,

más en concreto, si cabe extender la responsabilidad de la matriz, que sí participó en el cártel, a la filial que fue la que comercializó el camión, por los daños que pudieran derivarse de un eventual sobreprecio ocasionado por el cártel.

La resolución de esta cuestión viene muy determinada por la sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2021 (asunto C-882/19, *Sumal* ECLI: EU:C:2021:800), posterior a que se dictara la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia que ahora es objeto de recurso y a que el demandante formulara su recurso de casación.

3.- Esta STJUE de 6 de octubre de 2021, al contestar a las cuestiones prejudiciales primera a tercera, concluye lo siguiente:

"el artículo 101 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que la víctima de una práctica contraria a la competencia llevada a cabo por una empresa puede ejercitar una acción de resarcimiento por daños y perjuicios indistintamente contra una sociedad matriz que haya sido sancionada por la Comisión en una decisión como consecuencia de dicha práctica o contra una filial de esa sociedad que no sea destinataria de la referida decisión, siempre que estas sociedades constituyan, conjuntamente, una unidad económica (...)".

En los razonamientos previos, en el apartado 46, el tribunal aclara que "la facultad reconocida a la víctima de una práctica contraria a la competencia de exigir, en el marco de una acción de resarcimiento por daños y perjuicios, la responsabilidad de una sociedad filial en lugar de la responsabilidad de la sociedad matriz, no es una facultad de la que se disponga automáticamente contra cualquier sociedad filial de una sociedad matriz objeto de una decisión de la Comisión por la que se sanciona un comportamiento infractor. En efecto, (...) el concepto de "empresa" empleado en el artículo 101 TFUE es un concepto funcional, y la unidad económica constitutiva de dicha empresa debe identificarse desde la perspectiva del objeto del acuerdo de que se trate (...)".

De tal forma que, como luego concreta en el apartado 52, "una acción de resarcimiento por

daños y perjuicios de tales características ejercitada contra una sociedad filial supone que el demandante pruebe, para que se considere que existe una unidad económica entre una sociedad matriz y la sociedad filial en el sentido de los apartados 41 y 46 de la presente sentencia, los vínculos que unen a esas sociedades mencionados en el apartado anterior, así como el vínculo concreto, mencionado en ese mismo apartado, existente entre la actividad económica de esa sociedad filial y el objeto de la infracción de la que se considera responsable a la sociedad matriz. Por tanto, en circunstancias como las controvertidas en el litigio principal, la víctima debería demostrar, en principio, que el acuerdo contrario a la competencia celebrado por la sociedad matriz por el que esta ha sido condenada se refiere a los mismos productos que aquellos que comercializa la sociedad filial. De ese modo, la víctima demuestra que es precisamente la unidad económica a la que pertenece la sociedad filial, junto con su sociedad matriz, la que constituye la empresa que ha cometido efectivamente la infracción declarada previamente por la Comisión en virtud del artículo 101 TFUE, apartado 1, con arreglo a la concepción funcional del concepto de "empresa" al que se ha hecho referencia en el apartado 46 de la presente sentencia".

4.- En el presente caso, se cumplen ambas exigencias. Por una parte, la sociedad MAN Iberia, que comercializó el camión adquirido por el Sr. Melchor, tiene como socia única a MAN AG, que fue una de las destinatarias de la Decisión de 19 de julio de 2016. MAN Iberia formaba parte de la unidad económica, en sentido funcional, que participó en el cártel sancionado por la Decisión.

La Decisión, al identificar a los destinatarios, menciona tres sociedades del grupo MAN (MAN SE, MAN Truk & Bus AG y MAN Truck & Bus Deutschland GmbH). Respecto de todas ellas, refiere que se dedican a la fabricación y distribución de camiones, autocares, motores diésel, turbomaquinaria y equipamiento especial. En el considerando 50 de la Decisión se afirma que las prácticas colusorias "comprendieron acuerdos y/o prácticas concertadas en materia de precios e incremento de precios brutos, al objeto de lograr

un alineamiento de los precios brutos en el EEE". La sociedad MAN Iberia es quien comercializaba en España los camiones de la marca MAN, como el que fue vendido al Sr. Melchor, fabricados en Alemania por otras entidades del grupo MAN.

Por otra parte, el camión vendido estaba comprendido entre aquellos respecto de los que se sancionó la participación de MAN AG en "una colusión relativa al sistema de fijación de precios...", (camiones medios y pesados) y la venta se realizó durante su participación en el cártel (1 de septiembre de 2003).

Existe por lo tanto una clara unidad económica, a estos efectos, entre MAN Iberia y su matriz MAN AG en relación con la conducta que fue sancionada por la Decisión, en cuanto que la comercialización de los camiones afectados por el objetivo perseguido por las prácticas colusorias de alineamiento de precios brutos en el EEE tenía su repercusión en el mercado español, respecto de las ventas de camiones MAN, por medio de la filial española que tenía encomendada esa actividad (MAN Iberia).

5.- No puede hablarse de un cambio de título de imputación por el hecho de que en la demanda se demandara a MAN Iberia como si fuera participante en el cártel, cuando en realidad quien participó fue su matriz, MAN AG, pues al apreciar la existencia de unidad de empresa, aunque la filial formalmente no sea destinataria de la Decisión, por formar parte de la unidad económica a quien sí se imputa la conducta colusoria, a estos efectos del ejercicio de la acción privada de la competencia, puede considerársele responsable de esa conducta.

Al respecto, conviene advertir que, como recuerda la STJUE de 6 de octubre de 2021 en su apartado 40, la normativa de la UE, en concreto el art. 2.2. de la Directiva 2014/104/UE, define al "infractor" responsable del resarcimiento de los daños causados por la infracción del Derecho de la Competencia imputable a dicho autor como "la empresa o asociación de empresas que haya cometido una infracción del Derecho de la competencia". De tal forma que, como afirma en su apartado 41, "el Derecho de la Unión en

materia de competencia consagra como criterio decisivo la existencia de una unidad de comportamiento en el mercado, sin que la separación formal entre diversas sociedades, resultado de su personalidad jurídica distinta, pueda oponerse a tal unidad a efectos de la aplicación de las normas de competencia (...). Por tanto, el concepto de "empresa" comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de esa entidad y de su modo de financiación, y designa, así, una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico, dicha unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas (...). Esta unidad económica consiste en una organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales que persigue de manera duradera un fin económico determinado, organización que puede participar en la comisión de una infracción de las que contempla el artículo 101 TFUE, apartado 1 (...)"

6.- La estimación del motivo conlleva que casemos la sentencia de apelación y que, en este caso, en vez de asumir la instancia, remitamos las actuaciones a la Audiencia para que entre a resolver el resto de las cuestiones objeto del recurso de apelación y que no fueron analizadas como consecuencia de haber sido estimada la falta de legitimación pasiva de MAN Iberia.

(...)

[Ver documento](#)

SENTENCIA 965/2023 DEL TRIBUNAL SUPREMO, CIVIL, DE 15 DE JUNIO DE 2023

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1. Para la resolución del presente recurso resultan relevantes los siguientes antecedentes de hecho acreditados en la instancia:

i) D. Gerardo y D.ª Elisa adeudan a la Hacienda Pública la cantidad de 170.364,10 euros, deuda de

la que solicitaron aplazamiento y fraccionamiento, que fue acordado por resolución de 2 de mayo de 2016. Dicho aplazamiento y fraccionamiento se condicionó a la constitución de una prenda a favor de la Agencia Tributaria sobre "los créditos derivados de las cantidades a percibir del Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Región de Murcia por " DIRECCION000, C.B.", cantidades correspondientes a suministros farmacéuticos.

ii) El 19 de mayo de 2016, los Sres. Gerardo y Elisa otorgaron una escritura de constitución de prenda a favor de la Agencia Tributaria en garantía del pago aplazado de la citada deuda tributaria. En la escritura se pactó que "la presente prenda de créditos comprenderá todas las anualidades del crédito pignorado que sean necesarias" hasta que las deudas garantizadas queden completamente pagadas. Esa escritura no se inscribió en el Registro de Bienes Muebles.

iii) En 2016, se declaró el concurso de acreedores de D. Gerardo y D.ª Elisa. En ese concurso fue reconocido a la Agencia Estatal de Administración Tributaria (en adelante, AEAT o Agencia Tributaria) un crédito de 1.214.744,43 euros como privilegiado especial.

2.- Los Sres. Gerardo y Elisa interpusieron una demanda de incidente concursal contra la Agencia Tributaria y contra la administración concursal, en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que se declare que los créditos reconocidos a cada uno de los concursados respecto a la Agencia Tributaria debe quedar establecido en la cantidad de 189.547,86.- euros (correspondiente a un principal de 170.364,10.- euros, más, en su caso, 19.183,76.- euros de intereses), y en cuando a la calificación dada, debiendo quedar el importe reconocido calificado conforme al artículo 91.1.4 de la Ley Concursal, imponiéndose el pago de las costas del incidente a los demandados que comparezcan oponiéndose a la demanda".

A su vez, la Agencia Tributaria presentó una demanda en la que pedía la modificación de la lista de acreedores para que se reconociese a la Agencia Tributaria un crédito con privilegio especial derivado de la prenda constituida en

garantía de deudas de la CB por la suma de 170.364,10 euros.

3.- Tras la acumulación de ambos incidentes, el juzgado de lo mercantil dictó una sentencia por la que, estimando la demanda de los concursados, y también en parte la de la AEAT, acordó "modificar la lista de acreedores en el sentido de reconocer a la AGENCIA TRIBUTARIA en relación a la escritura pública de 19 de mayo de 2016 de constitución de prenda un crédito en la cuantía de 170.364,10 euros con privilegio general conforme al artículo 91.1.4 LC (50% con privilegio general y 50% como ordinario), así como un crédito por intereses en la suma de 19.183,76 euros, en lugar del crédito reconocido en su día de 1.214.744,43 euros, del que la suma de 872.478,10 euros fue indebidamente reconocida con privilegio especial". Fundó su decisión en que, declarado el concurso en 2016, la redacción aplicable al caso del art. 90.1.6º de la Ley Concursal (LC) era la dada por la reforma aprobada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de la cual "se desprende con claridad que para que la prenda sin desplazamiento constituida sobre créditos futuros goce de privilegio especial es precisa su inscripción en el Registro de Bienes Muebles". Y añadía:

"Es cierta la existencia de la doctrina judicial transcrita por la Agencia Tributaria en sus diferentes escritos, si bien es claro que dicha doctrina judicial se refiere a la anterior redacción del artículo 90.1.6 LC que con la introducción de término "prenda en garantía de créditos futuros" provocó una importante discusión doctrinal y la solución contenida entre otras en STS de 13 de junio de 2017.

"Pero con la actual redacción del precepto, aplicable al crédito de la AEAT dada la fecha de la declaración de concurso, es evidente que se requiere la inscripción en el Registro de Bienes Muebles para que la prenda sin desplazamiento sobre créditos futuros goce de privilegio especial, por lo que asiste la razón a los concursados y el crédito de la AEAT por este concepto debe ser calificado conforme a lo previsto en el artículo 91.1.4 LC en los términos que se dirán en la parte dispositiva de la presente resolución".

4.- Contra esa sentencia la AEAT interpuso recurso de apelación, solicitando su revocación parcial en cuanto a la clasificación del crédito reconocido, al considerar que debía ser clasificado como privilegiado especial con arreglo al art. 90.1.6º LC.

5.- Previa oposición de la administración concursal, la Audiencia dictó una sentencia que estimaba el recurso de apelación. Si bien el tribunal de apelación comparte el criterio del juez *a quo* sobre la aplicabilidad de la redacción dada al art. 90.1.6º LC por la Ley 40/2015, al tratarse de un concurso declarado en 2016 y de una prenda constituida sobre derechos futuros en mayo de 2016, sin embargo discrepa de la interpretación que de esa norma hizo la sentencia de primera instancia. Centra la discrepancia, en concreto, en la interpretación del requisito exigido para reconocer a los créditos el privilegio especial cuando se trata de créditos "garantizados sobre créditos futuros", consistente en que "la prenda esté constituida en documento público o, en el caso de prenda sin desplazamiento de la posesión, se haya inscrito en el registro público competente", y apoya su postura en estas razones:

"i) la literalidad del precepto con el uso de la conjunción disyuntiva "o" pone de manifiesto que el requisito formal se establece de forma alternativa;

"ii) exigir la inscripción registral implica reducir la prenda sobre créditos futuros solo a la prenda sin desplazamiento de la posesión, cuando ello no lo dice la norma Ya fue descartada esta opción reductora por la DGRN en la Resolución de 18 de marzo de 2008 al responder a la consulta de la Asociación Española de Banca sobre el alcance del art 54LHPSD según redacción dada por la Ley 41/2007 ("Los derechos de crédito, incluso los créditos futuros ...podrán igualmente sujetarse a prenda sin desplazamiento. Para su eficaz constitución deberán inscribirse en el Registro de Bienes Muebles) en la que dijo que el sentido de esa norma era "abrir la posibilidad a que se pueda constituir prenda sin desplazamiento de créditos, mas en modo alguno impedir, limitar o menoscabar la posibilidad de prenda ordinaria de tales créditos;

"iii) imponer la inscripción registral, además de la forma pública, no se entiende ni casa con un sistema que solo exige a la prenda de crédito con carácter general en el mismo art 90.1.6 LC "un documento con fecha fehaciente ". Tampoco concuerda con otros cuerpos legales (art 11 del RDL 5/2005)".

Con base en estas consideraciones, la Audiencia concluye que no procede exigir la inscripción registral de la prenda para reconocer el carácter de privilegiado especial al crédito tributario de la litis.

6.- Los concursados Sres. Gerardo y Elisa han interpuesto un recurso de casación, basado en un único motivo, que ha sido admitido.

SEGUNDO.- *Formulación del motivo único del recurso.*

1.- El motivo denuncia la "infracción del artículo 90.1.6 de la Ley Concursal, en su nueva redacción cuando exige la inscripción de la prenda sin desplazamiento cuando versa sobre créditos futuros".

2.- En su desarrollo se alega, en síntesis, que tras la reforma introducida en el art. 90.1.6º LC por la Ley 40/2015, la eficacia frente al concurso de la prenda sin desplazamiento de posesión sobre créditos futuros requiere, para poder clasificar el crédito garantizado como crédito con privilegio especial, la previa inscripción de la prenda en el Registro de Bienes Muebles.

El recurso deber ser estimado por las razones que exponemos a continuación.

TERCERO.- *Decisión de la sala. Los requisitos del privilegio especial de los créditos garantizados mediante prenda de créditos futuros, bajo el régimen del art. 90.1.6º de la Ley Concursal , en la redacción dada por la Ley 42/2015*

1.- *Objeto de la controversia.* Como muy bien sintetiza la Audiencia, la controversia se reduce a una cuestión jurídica: la relativa a la clasificación del crédito de AEAT frente a los deudores concursados (Gerardo y Elisa), reconocido en la escritura de 19 de mayo de 2016, en la que se pactó la constitución a favor de AEAT de una

prenda sobre los créditos derivados de las cantidades a percibir por DIRECCION000 CB del Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Región de Murcia, por suministros farmacéuticos, siendo incontrovertido que dicha escritura no está inscrita en registro público alguno.

2.- La sentencia recurrida ha acogido la tesis de la AEAT en el sentido de entender suficiente, para la clasificación del crédito que ostenta frente a los concursados como crédito con privilegio especial, la existencia de un derecho de prenda sobre determinados créditos futuros de los concursados (por futuros suministros farmacéuticos) formalizada en escritura pública anterior a la fecha de declaración del concurso. Tesis que la AEAT apoyaba en la invocación de la jurisprudencia de esta sala recaída en la interpretación del art. 90.1.6º LC en su redacción anterior a su reforma por la Ley 40/2015. Por el contrario, los recurrentes entienden que esa tesis prescinde de los requisitos que para dotar de privilegio especial en el concurso se exige a las prendas sobre créditos futuros a partir de la indicada reforma legal. A fin de resolver esta controversia procede que analicemos la evolución normativa relevante sobre la cuestión planteada y la jurisprudencia de esta sala.

3.- *Evolución normativa y jurisprudencial.* El contrato de prenda es un contrato de garantía que tiene por objeto afectar una cosa mueble al cumplimiento de una obligación, constituyendo sobre ese objeto un derecho real accesorio de la obligación garantizada (arts. 1864 y 1857.1º CC). En su concepción clásica, es un contrato real que se perfecciona mediante la entrega de la cosa al acreedor o a un tercero, de común acuerdo (art. 1863 CC), sin perjuicio de la validez y eficacia obligacional de la promesa de prenda - *pactum de pignorando* - (art. 1862 CC). Por tanto, la perfección del contrato de prenda y la constitución del correlativo derecho real, requiere, en su modalidad de prenda ordinaria o común, el doble elemento del negocio jurídico y de la entrega de la cosa. Y para dotar de eficacia al derecho de prenda frente a terceros, evitando la simulación de créditos pignoratícios por el deudor, el art. 1865 CC exige que la certeza de la fecha de

la prenda conste por instrumento público. Antes del vencimiento de la obligación principal, el acreedor puede retener la cosa en su poder (art. 1866 CC), percibir los intereses que produzca la prenda (art. 1868 CC) y ejercitar las acciones que correspondan al dueño de la cosa empeñada para defenderla frente a terceros (art. 1869 CC). Vencida la obligación principal, en caso de impago el acreedor puede instar la ejecución de la prenda conforme a lo previsto en el art. 1872 CC, o en vía judicial (arts. 681 y ss. CC). Y en caso de que la obligación garantizada se hubiere pagado oportunamente, el acreedor tiene la obligación de restituir la cosa en las mismas condiciones en que le fue entregada (art. 1871 CC).

En consecuencia, tanto desde el punto de vista de su constitución como desde la perspectiva del ejercicio de los derechos del acreedor prendario la entrega de la posesión de la cosa empeñada es, como regla general, esencial. Como ha declarado desde antiguo la jurisprudencia de esta sala, "por no haber existido desplazamiento real de la cosa del deudor al acreedor o a un tercero, no ha nacido legalmente el derecho de prenda, conforme a lo dispuesto en el art. 1863 del Código civil" (sentencia de 3 de enero de 1952).

4.- Ahora bien, desde la reforma introducida en el Código civil por la Ley de 5 de diciembre de 1941 y posteriormente por la aprobación de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda Sin Desplazamiento (LHMPSD), dejó de ser esencial en la prenda la entrega de la posesión de la cosa al acreedor o un tercero. El preámbulo de esta Ley explica muy explícitamente las razones que justificaron este cambio legal sobre la base de las siguientes premisas: (i) "es consustancial con la hipoteca la publicidad registral; con la prenda, la publicidad posesoria"; (ii) "para la división de prenda e hipoteca y para la determinación de las cosas muebles susceptibles de esta última forma de garantía, se ha seguido la distinción entre cosas muebles susceptibles de identificación registral y cosas muebles que no lo son. Estas últimas son las que, en principio, deben ser los objetos propios de la prenda común con desplazamiento posesorio".

Al partir de esas premisas, el legislador de 1954 observa que entre las cosas muebles no

susceptibles de identificación registral - al menos de una perfecta identificación - existen algunas que, bien por ser instrumentos del trabajo propios del deudor, bien por exigir cuidados y atenciones especiales, o por su carácter futuro (v.gr. cosecha esperada), o por otras consideraciones, no admiten o lo hacen con dificultad el desplazamiento posesorio. Por ello advierte que "estas cosas muebles no son susceptibles de hipotecar por su imperfecta identificación registral; tampoco lo son de prenda común por la imposibilidad física, jurídica o económica de su desplazamiento al acreedor o a un tercero"; de forma que en caso de limitar las formas de garantía real mueble a "la hipoteca y a la prenda común, se dejaban fuera de la posibilidad de ser objeto de garantía real a estos bienes", lo que privaba o restringía las posibilidades de obtener crédito en condiciones más favorables a los titulares de esos bienes (en la época se pensaba fundamentalmente en el sector de la agricultura y la ganadería). Superar estas dificultades constituyó la finalidad de la Ley de 16 de diciembre de 1954, ley en la que (i) se fijaba taxativamente los bienes que podían ser objeto de prenda sin desplazamiento de posesión - arts. 52 a 54 - (entre los que no figuraban entonces los derechos de crédito); y (ii) sustituía, como requisito para la constitución del derecho, la desposesión del deudor (entrega de la cosa pignorada) por la inscripción registral (art. 3 LHMPD; y art. 54 LHMPD, reformado).

5.- La jurisprudencia de esta sala ha precisado que la falta de la inscripción registral no permite entender transformada o convertida la prenda sin desplazamiento de posesión en una prenda ordinaria o común (posesoria) si el desplazamiento posesorio no se ha producido. En este sentido, la sentencia 282/2006, de 21 de marzo, declaró que "una prenda sin desplazamiento de posesión inexistente legalmente [por falta de inscripción] no se convierte nunca en una prenda ordinaria porque le falta el requisito constitutivo, requerido por el artículo 1.863, del desplazamiento posesorio, o, en otras palabras, la desposesión del deudor pignorante del objeto dado en prenda en favor del

acreedor o de un tercero designado de común acuerdo". La misma sentencia explicaba:

"Precisamente para evitar los inconvenientes que este requisito puede crear para el deudor se promulgó la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento del 16 de diciembre de 1.954, admitiendo esta última figura sobre determinados objetos enumerados taxativamente en el artículo 52, y sometiendo su constitución a rígidos principios, entre ellos la inscripción. Sin ésta no puede gozar el acreedor de los beneficios que le da la Ley (art. 3).

"Si la inscripción de la prenda sin desplazamiento se deniega no opera la figura de la conversión, transformándose el contrato creador de aquella garantía en otro originador de una prenda ordinaria porque carece obviamente de uno de los requisitos del contrato en que pudiera convertirse (el desplazamiento posesorio). Además, tal conversión no cuenta ni con precepto legal que la admita ni convención que la acuerde. En todo caso, seguiría faltando el requisito legal de la desposesión.

"La desposesión del deudor no puede ser suplida por un acuerdo de las partes por el que aquél quedaría como depositario de las cosas objeto de la garantía, válido y eficaz por ajustado a la Ley de 16 de diciembre de 1.954 para crear la prenda sin desplazamiento, pero no permitido por el artículo 1.863 del Código civil para la ordinaria, que no contiene ninguna excepción. La misma está exclusivamente representada por lo dispuesto en la citada Ley, que no se ha cumplido por las partes. La jurisprudencia de esta Sala, en este sentido, ha declarado reiteradamente que para la constitución del derecho de prenda se requiere la desposesión de la cosa por el deudor (sentencias de 11 de junio de 1.912, 26 de junio de 1.945 y 26 de marzo de 1.997), constituyendo en este panorama una excepción aislada la sentencia de 23 de abril de 1.929, al admitir el cumplimiento de aquel requisito porque todas las partes interesadas convinieron que los coches (objeto de prenda) quedaran en poder del deudor para no suspender el tráfico. En la actualidad ello no podría hacerse sino recurriendo a la Ley de 16 de octubre de 1.954, creada, según su Exposición de

Motivos, para evitar los inconvenientes del desapoderamiento de la cosa por el deudor".

6.- *La prenda sobre créditos: admisión legal y jurisprudencial. Su tratamiento concursal.* En este contexto normativo, surgió la duda sobre la posibilidad de la constitución de prenda sobre derechos de crédito del deudor (que formen parte de su patrimonio). Tras una etapa en que prevaleció la solución restrictiva, la jurisprudencia de esta sala, con precedentes de otras sentencias más antiguas, admitió esa posibilidad a partir de la sentencia de 19 de abril de 1997, en un supuesto de pignoración de una imposición a plazo (entendiendo que lo pignorado era el crédito a la restitución contra el banco depositario, "lo que tiene un valor patrimonial apto para ser objeto de un derecho de prenda"). El argumento fundamental de esta decisión fue que el derecho de prenda "no puede circunscribirse a las cosas materiales por una interpretación literal del art. 1864 C.c., que estaría en contradicción con el art. 1863 C.c., el cual admite la prenda que "produce intereses", lo que obviamente sucede con el crédito". Criterio que ha reiterado esta sala en una consolidada jurisprudencia, y ha cobrado carta de naturaleza normativa a través de la Ley Concursal de 2003. Como declaramos en la sentencia 704/2007, de 20 de junio:

"La cuestión de si los créditos pueden ser objeto de prenda ha sido estudiada y resuelta por la jurisprudencia de esta Sala en un sentido positivo. A sus sentencias de 19 de abril y 7 de octubre de 1.977, 27 de octubre de 1.999, 25 de junio de 2.001, 26 de septiembre de 2.002 y 10 de marzo de 2.004, nos remitimos para evitar superfluas repeticiones. Ha de resaltarse, además, que esta jurisprudencia ha encontrado su respaldo en la Ley Concursal de 9 de julio de 2.003, que reconoce la aptitud de los créditos para ser objeto de derecho real de prenda, con el consiguiente privilegio especial del acreedor pignoraticio sobre ellos (art. 91.1.6º)".

Este reconocimiento también se manifestó explícitamente, incluso para los créditos futuros, en la reforma del art. 54 LHMPSPD por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que introdujo sus

párrafos segundo y tercero con la siguiente redacción:

"Podrán sujetarse a prenda sin desplazamiento los créditos y demás derechos que correspondan a los titulares de contratos, licencias, concesiones o subvenciones administrativas siempre que la Ley o el correspondiente título de constitución autoricen su enajenación a un tercero. Una vez constituida la prenda, el Registrador comunicará de oficio esta circunstancia a la Administración Pública competente mediante certificación emitida al efecto.

"Los derechos de crédito, incluso los créditos futuros, siempre que no estén representados por valores y no tengan la consideración de instrumentos financieros a los efectos de lo previsto en el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, podrán igualmente sujetarse a prenda sin desplazamiento. Para su eficaz constitución deberán inscribirse en el Registro de Bienes Muebles".

7.- En la redacción originaria de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que estuvo en vigor hasta su modificación por la Ley 38/2011, su art. 90.1 LC, al enumerar los créditos con privilegio especial, en el número 6º se refería a:

"1. Son créditos con privilegio especial: [...]"

"6.º Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados".

Como declaramos en la sentencia 186/2016, de 18 de marzo, con ello la Ley Concursal admitía expresamente que el crédito garantizado con una prenda de créditos pudiera merecer la consideración, en caso de concurso de acreedores, de crédito con privilegio especial, y gozar de preferencia de cobro respecto de los créditos gravados. Y el único requisito formal que exigía la ley concursal para reconocer este privilegio era

que la prenda constara en documento con fecha fehaciente.

La Ley 38/2011, de 10 de octubre, reformó el art. 90.1 LC, y esta reforma afectó al ordinal 6º, relativo a la prenda de créditos, que pasó a tener la siguiente redacción:

"6.º Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados. La prenda en garantía de créditos futuros sólo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso, así como a los créditos nacidos después de la misma, cuando en virtud del artículo 68 se proceda a su rehabilitación o cuando la prenda estuviera inscrita en un registro público con anterioridad a la declaración del concurso".

Finalmente, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en su disposición final 5ª modificó el art. 90.1.6º, que pasó a tener la siguiente redacción:

"6.º Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados.

"Los créditos garantizados con prenda constituida sobre créditos futuros sólo gozarán de privilegio especial cuando concurren los siguientes requisitos antes de la declaración de concurso:

"a) Que los créditos futuros nazcan de contratos perfeccionados o relaciones jurídicas constituidas con anterioridad a dicha declaración.

"b) Que la prenda esté constituida en documento público o, en el caso de prenda sin desplazamiento de la posesión, se haya inscrito en el registro público competente. "c) [...]"

Esta nueva redacción del art. 90.1.6º LC entró en vigor, conforme al apartado 1 de la disposición

final de la Ley 40/2015, a los 20 días de su publicación en el BOE, esto es, el 22 de octubre de 2015, y es la redacción que resulta aplicable *ratione temporis* al caso de la litis.

8.- Esta sala no ha tenido hasta ahora ocasión de pronunciarse sobre la nueva redacción dada al art. 90.1.6º LC tras la reforma de la Ley 40/2015 (a excepción de su primer párrafo, cuya redacción permanece invariable desde la redacción original de la Ley Concursal). Sí nos hemos pronunciado sobre la redacción dada por la reforma introducida por la Ley 38/2011 y, en particular, sobre la mención que introdujo relativa a los créditos futuros (en concreto, referida a la "prenda en garantía de créditos futuros"). En la sentencia 186/2016, de 18 de marzo, advertimos la necesidad de distinguir con claridad entre la "prenda de (o sobre) créditos futuros" y la "prenda en garantía de créditos futuros":

"En el primer caso, se refiere a los créditos objeto de la garantía, mientras que en el segundo a los créditos garantizados con la prenda. Siendo dos realidades jurídicas distintas, no hay razón para separarse de la interpretación literal del precepto y entender que la apostilla introducida con la Ley 38/2011 se refiere a la prenda de (sobre) créditos futuros. Con este añadido legal, se regula la prenda en garantía de créditos futuros, tal y como se desprende del tenor literal del precepto y lo corroboran las menciones posteriores. La norma prevé, con carácter general, que este privilegio se reconozca únicamente respecto de los créditos nacidos antes de la declaración de concurso, y, excepcionalmente, respecto de los posteriores en dos casos: "cuando en virtud del artículo 68 se proceda a su rehabilitación o cuando la prenda estuviera inscrita en un registro público con anterioridad a la declaración del concurso (...) esos créditos objeto de rehabilitación en virtud del art. 68 LC necesariamente son créditos de un tercero frente al deudor concursado, y no créditos del deudor concursado frente a un tercer deudor".

Por ello, en esa sentencia llegábamos a la conclusión de que en el régimen de la redacción dada al art. 90.1.6º LC por la Ley 38/2011, este precepto no contenía ninguna regla específica sobre la "prenda de créditos futuros" y sí una

mención genérica a la "prenda de créditos", como se preveía ya en la redacción originaria de la Ley Concursal. Y sobre estas premisas normativas, la sentencia abordó la cuestión de si cabía reconocer el privilegio especial del art. 90.1.6º LC a los créditos garantizados con prenda sobre créditos futuros (en aquel caso, constituida en febrero de 2010) y en qué condiciones. Y para resolver esta cuestión atendió a la doctrina fijada en la sentencia 650/2013, de 6 de noviembre, en la que distinguimos entre la relevancia concursal que podía tener la pignoración de créditos y la cesión *pro solvendo* de créditos:

"en el primer caso, el acreedor pignoraticio goza, en el procedimiento concursal, de la consideración de un acreedor con privilegio especial, con un derecho real de garantía, mientras que en el caso de la cesión, el cesionario tiene derecho a impedir que el crédito cedido forme parte de la masa activa y, en su caso, a reclamar su separación".

Sobre esta base, esa sentencia concluyó que "si se admite la validez de la cesión de créditos futuros y su relevancia dentro del concurso de acreedores, siempre que al tiempo de la declaración de concurso ya se hubiera celebrado el contrato o estuviese ya constituida la relación jurídica fuente del crédito futuro objeto de la cesión anticipada, bajo las mismas condiciones deberíamos reconocer el privilegio especial del art. 90.1.6º LC a la prenda de créditos futuros: siempre que al tiempo de la declaración de concurso ya se hubiera celebrado el contrato o estuviese ya constituida la relación jurídica fuente de los créditos futuros pignorados". Con el corolario de que, siempre que la prenda constase además en documento con fecha fehaciente, bajo el régimen del art. 90.1.6º LC en su redacción anterior a la reforma de la Ley 42/2015, aunque no existiera una mención expresa a la prenda de créditos futuros, podía reconocerse el carácter privilegiado a los créditos garantizados con esas prendas (sobre o de crédito futuro) al amparo del privilegio que la norma reconocía genéricamente a la prenda de créditos.

Esta doctrina fue confirmada por la sentencia 180/2017, de 13 de marzo, en la que reiteramos que "la solución a la cuestión de la resistencia al

concurso de la prenda de créditos futuros debía encontrarse en los dos primeros incisos del art. 90.1.6º de la Ley Concursal y la mención genérica que esta hacía a la prenda de créditos. Conforme a estos incisos, "son créditos con privilegio especial: [...] Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados".

Esta es la jurisprudencia que ha invocado en el procedimiento la AEAT para defender que su crédito tributario ostenta un privilegio especial en el concurso de los deudores, ahora recurrentes. Tesis que esta sala no puede acoger favorablemente, al prescindir de la redacción de la norma aplicable al caso.

9.- En las dos sentencias reseñadas (186/2016, de 18 de marzo, y 180/2017, de 13 de marzo) advertíamos que por razones temporales no resultaba de aplicación la redacción del art. 90.1.6º LC dada por la Ley 42/2015. Esta reforma tuvo por objeto regular el régimen concursal de la prenda de créditos futuros que, como señalamos en las citadas sentencias, carecía de previsión normativa en las versiones anteriores de ese precepto (que al aludir a créditos futuros se refería a la obligación garantizada y no al activo patrimonial pignorado). El precepto legal, tras la reforma, precisa los requisitos para poder clasificar un crédito garantizado con prenda de crédito futuro con privilegio especial en los siguientes términos (prescindiendo ahora del caso singular de los créditos derivados de la resolución de contratos de concesión de obras o gestión de servicios públicos, ajeno al supuesto de la litis):

"Los créditos garantizados con prenda constituida sobre créditos futuros sólo gozarán de privilegio especial cuando concurren los siguientes requisitos antes de la declaración de concurso:

"a) Que los créditos futuros nazcan de contratos perfeccionados o relaciones jurídicas constituidas con anterioridad a dicha declaración.

"b) Que la prenda esté constituida en documento público o, en el caso de prenda sin desplazamiento de la posesión, se haya inscrito en el registro público competente".

En el caso que ahora enjuiciamos las dudas interpretativas se centran en el alcance y significado del requisito enunciado bajo la letra b). El juzgado de primera instancia, bajo el entendimiento de que en la escritura de 19 de mayo de 2016 se formalizó, además de un reconocimiento de deudas tributarias, una prenda sin desplazamiento de la posesión sobre los créditos futuros derivados de los derechos de cobro de los deudores contra el Servicio Regional de Salud de Murcia por suministros farmacéuticos, consideró que no se cumplía el requisito exigido por el art. 90.1.6º LC de la inscripción registral de la prenda y que, por tanto, el crédito tributaria debía ser clasificado a los efectos del concurso conforme al art. 91.1.4º LC (50% como crédito con privilegio general y 50% como crédito ordinario), y no como crédito con el privilegio especial del art. 90.1.6º LC.

La Audiencia, sin negar expresamente la calificación del contrato como prenda sin desplazamiento, revocó la sentencia de primera instancia con base en tres argumentos: (i) que la interpretación literal del precepto permite entender que los requisitos formales a que alude (documento público e inscripción registral) son alternativos; (ii) que la resolución de la DGRN de 18 de marzo de 2008 interpretó la reforma del art. 54 LHMPSPD por la Ley 41/2007 en el sentido de admitir la posibilidad de constituir la prenda sobre créditos (también futuros) como prenda ordinaria o común (con desplazamiento de posesión) o como prenda sin desplazamiento de posesión; y (iii) que exigir la inscripción registral no casa con un sistema que solo exige para la prenda de crédito con carácter general "un documento con fecha fehaciente". Ninguno de estos argumentos, sin embargo, puede ser mantenido por las razones que exponemos a continuación.

10.- La interpretación literal del art. 90.1.6º LC pone de manifiesto de forma inequívoca que para el caso de constitución de prenda sin desplazamiento de posesión de créditos futuros es

requisito necesario para reconocer al crédito garantizado la condición de privilegiado especial la inscripción en el "registro público competente" (el Registro de Bienes Muebles, ex art. 54-III LHMPSPD e Instrucción DGRN de 12 de mayo de 2012). La partícula disyuntiva "o" no separa dos requisitos distintos y alternativos para un mismo supuesto de hecho, sino que diferencia entre dos modalidades de prenda distintas: la común (para la que exige documento público) y la prenda sin desplazamiento de posesión (para la que requiere, además, la inscripción registral). Decimos "además" porque la práctica de la inscripción en el Registro de Bienes Muebles exige, a su vez, como título formal inscribible, la presentación de la correspondiente escritura o póliza notarial, según el art. 3 LHMPSPD. Por tanto, la norma no parte de una relación dicotómica entre escritura o póliza e inscripción, sino entre prenda ordinaria (con desplazamiento de posesión) y prenda sin desplazamiento de posesión.

11.- Tampoco es válido el segundo argumento de la Audiencia. Ciertamente, la resolución DGRN de 18 de marzo de 2008 entendió que la modificación introducida en el art. 54-III LHMPSPD por la Ley 41/2007, al admitir la prenda sin desplazamiento de posesión, y su consiguiente inscribibilidad registral, de créditos (incluso futuros), no cerraba el paso a la posibilidad de que a partir de su entrada en vigor pudiesen seguir constituyéndose prendas ordinarias o posesorias sobre tales derechos de crédito. Ahora bien, la prenda sin desplazamiento de posesión no inscrita (i) no puede considerarse válida y eficazmente constituida pues, conforme al párrafo tercero del art. 3 LHMPSPD, "la falta de inscripción de la hipoteca o de la prenda en el Registro privará al acreedor hipotecario o pignoraticio de los derechos que, respectivamente, les concede esta Ley", y según el último inciso del art. 54.3 LHMPSPD "para su eficaz constitución deberá inscribirse en el Registro de Bienes Mueble"; (ii) ni, a falta de inscripción, se transforma automáticamente en una prenda ordinaria o posesoria, pues le falta el requisito constitutivo de la entrega de la posesión al acreedor o un tercero. Como declaramos en la sentencia 282/2006, de 21 de marzo:

"la desposesión del deudor no puede ser suplida por un acuerdo de las partes por el que aquél quedaría como depositario de las cosas objeto de la garantía, válido y eficaz por ajustado a la Ley de 16 de diciembre de 1.954 para crear la prenda sin desplazamiento, pero no permitido por el artículo 1.863 del Código civil para la ordinaria, que no contiene ninguna excepción. La misma está exclusivamente representada por lo dispuesto en la citada Ley, que no se ha cumplido por las partes. La jurisprudencia de esta Sala, en este sentido, ha declarado reiteradamente que para la constitución del derecho de prenda se requiere la desposesión de la cosa por el deudor (sentencias de 11 de junio de 1.912, 26 de junio de 1.945 y 26 de marzo de 1.997), constituyendo en este panorama una excepción aislada la sentencia de 23 de abril de 1.929, al admitir el cumplimiento de aquel requisito porque todas las partes interesadas convinieron que los coches (objeto de prenda) quedaran en poder del deudor para no suspender el tráfico. En la actualidad ello no podría hacerse sino recurriendo a la Ley de 16 de octubre de 1.954, creada, según su Exposición de Motivos, para evitar los inconvenientes del desapoderamiento de la cosa por el deudor".

Así resulta también de la propia resolución DGRN de 18 de marzo de 2008, en que se apoya la Audiencia, en la que, una vez en vigor la reforma del art. 54 LHMPSPD por la Ley 42/2007, y admitidos entre los bienes y derechos susceptibles de prenda sin desplazamiento de posesión los créditos, aun futuros, advierte que, aunque esa posibilidad legal no excluye la prenda ordinaria sobre créditos, el carácter incorporal o intangible de estos no dispensa de los requisitos de constitución propios de toda prenda posesoria. Por lo que "la prenda posesoria de crédito exige los mismos requisitos que si el bien gravado fuera corporal, otorgando, por tanto, al acreedor pignoraticio de un incorporal los mismos derechos y obligaciones que al que lo es de un corporal"; de forma que "la inexistencia de corporeidad obliga a que de alguna forma se manifieste la desposesión del deudor". Y a continuación advierte que la notificación de la prenda al deudor "no adquiere el rango de requisito de constitución de la misma", sin perjuicio de la utilidad que representa esa

notificación para el acreedor a fin de que el deudor no pueda liberarse pagando al acreedor primitivo. Y por ello advierte "la conveniencia de que en los casos de imposibilidad práctica de desplazamiento posesorio del objeto pignorado por ser éste un intangible, se entregue, al menos, al acreedor pignoraticio la representación documental de tal incorporal, como puede ser el contrato del que se derivan los derechos de crédito pignorados o la libreta que sirve de soporte contable en caso de prenda de cuentas y depósitos bancarios, impidiendo además y de este modo al pignorante la restitución de lo pignorado en tanto la prenda no se libere la prenda por el íntegro cumplimiento de la obligación que garantiza".

Y ello al margen de que "la constitución de garantías reales impuestas sobre valores anotados en cuenta o sobre títulos valores (letra de cambio, pagaré, conocimiento de embarque...) sigue la ley tabular especial o la cartular de constitución para su oponibilidad a terceros y, en su caso, lo previsto en el Real Decreto-ley 5/2005", como afirma la DGRN en su Instrucción de 12 de mayo de 2012.

12.- Finalmente, tampoco resulta acertado el argumento de que el requisito de la inscripción registral, además de la forma pública, no casa con un sistema que solo exige para la prenda de crédito con carácter general "un documento con fecha fehaciente".

El art. 90.1.6º LC, en su redacción actual procedente de la reforma de 2015, distingue con claridad entre (i) la prenda tradicional u ordinaria, que requiere traspaso posesorio, constituida en documento público (art. 1865 CC) "sobre bienes o derechos que estén en posesión del acreedor o un tercero"; (ii) la prenda de créditos para la que, a los efectos de la clasificación el crédito en el concurso como especialmente privilegiado, "basta con que conste en documento con fecha fehaciente"; y (iii) como supuesto claramente diferenciado, por su tipología comercial y por su régimen jurídico, la prenda "constituida sobre créditos futuros", prenda que "sólo gozará de privilegio especial" cuando "antes de la declaración de concurso" concurren los dos requisitos que señala a continuación bajo las letras a) ("que los créditos futuros nazcan de contratos

perfeccionados o relaciones jurídicas constituidas con anterioridad a la declaración"), y b) ("que la prenda esté constituida en documento público o, en el caso de prenda sin desplazamiento de la posesión, se haya inscrito en el registro público competente").

Esta clara distinción entre los respectivos requisitos exigidos para resultar resistentes en el concurso las "prendas de crédito" y las "prendas de crédito futuro" se observa igualmente, y con la misma claridad, en la regulación del privilegio especial contenida en el art. 271 del texto refundido de la Ley Concursal (RDLeg 1/2020, de 5 de mayo), que separa en apartados distintos ambos supuestos (números 2 y 3 respectivamente).

Desde el punto de vista sistemático, no puede decirse que esta norma (la que exige la publicidad registral para la modalidad de prenda sin desplazamiento de créditos futuros) constituya una norma de excepción. Al contrario, es una manifestación de la regla general que exige para las prendas (posesorias o no posesorias) un régimen de publicidad, sea posesoria o registral, regla general de la que se excluye el supuesto concreto de la prenda sobre crédito ya existente (que podrá ser oponible en el concurso incluso sin publicidad posesoria ni registral). Aquella regla general se manifiesta no solo en la regulación sobre la constitución y oponibilidad de los derechos reales de garantía (hipoteca inmobiliaria y mobiliaria, prenda y anticresis), sino también en la regulación específica del tratamiento concursal de los créditos asegurados por las garantías reales. Como ha señalado la doctrina, el núm. 1 del art. 90 LC comprende distintos supuestos de garantías reales tradicionales: hipoteca inmobiliaria (voluntaria y legal), mobiliaria, y prenda sin desplazamiento de posesión, en la que el desplazamiento posesorio es sustituido por la publicidad registral (el art. 90.2 LC exige que la respectiva garantía esté constituida "con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros" - con la única salvedad de la hipoteca legal tácita y los créditos refaccionarios de los trabajadores). Bajo esta regla general se inscribe

también la prenda sin desplazamiento para la pignoración de créditos futuros, una vez admitida esta forma de garantía por el art. 54 LHMPSPD, regla general de la que se exceptúa, con carácter de norma excepcional, al supuesto de la prenda sobre créditos existentes.

La mayor parte de los privilegios especiales son garantías reales que han de cumplir los requisitos de publicidad registral previstos en su normativa reguladora. Así sucede, con las garantías reales del art. 90.1.1 (hipoteca mobiliaria, hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento). También con el privilegio refaccionario común (art. 90.1.3) y las ventas a plazos con reserva de dominio, prohibición de disponer o condición resolutoria (art. 90.1.4). En el caso de la prenda de valores anotados en cuenta, se requiere la inscripción en el registro de anotaciones como medida sustitutiva de la desposesión del deudor (arts. 90.1.5 LC, 12 TRLMV y 14 RD 878/2015). Como establece el citado art. 12 TRLMV, al referirse a los gravámenes sobre valores representados mediante anotaciones en cuenta, "la inscripción de la prenda equivale al desplazamiento posesorio del título".

Y en el supuesto de los créditos garantizados con anticresis (art. 90.1.2) se requiere la publicidad posesoria mediante la entrega de la posesión del inmueble cuyos frutos adquiere el acreedor - al igual que en el caso de la prenda común - (arts. 1881 y 1883 CC).

El mismo criterio general (exigencia de publicidad registral para las garantías reales mobiliarias) se contiene también en otras leyes especiales que hacen referencia a la constitución de derechos de garantía sobre créditos futuros, como la disposición adicional tercera de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro. Y en el mismo sentido, se manifiesta ese criterio general en el art. 77.1 de la Ley General Tributaria que, al reconocer el derecho de prelación de los créditos tributarios de la Hacienda Pública en cuanto concurra con otros acreedores, establece precisamente la excepción de que se trate de "acreedores de dominio, prenda, hipoteca u otro derecho real debidamente inscrito en el registro correspondiente con anterioridad a la fecha en

que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública [...]".

Por tanto, al carácter excepcional de la norma (art. 4.2 CC) que invoca la Audiencia, que autoriza el reconocimiento de créditos con privilegio especial por gozar de una garantía (prenda de crédito presente), a pesar de carecer de publicidad registral y posesoria, se suma el criterio jurisprudencial, recordado recientemente en la sentencia de esta sala 780/2023, de 22 de mayo, sobre la (i) "fuerza de la anteposición que merece la normativa que contiene el principio restrictivo inherente a los privilegios" en relación con la regulación de los privilegios de los créditos tributarios (sentencias del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1988, 26 de marzo de 1991, 1 de junio de 1992, 14 de noviembre de 1992, y 295/1993, de 30 de marzo); y (ii) las "directrices de la Ley Concursal es la limitación de los privilegios, a favor de cuya orientación, con interpretación restrictiva de los mismos, abundan razones de diversa índole (por todas, sentencia 492/2009, de 22 de junio)". Lo que impide aplicar extensivamente la norma relativa a la clasificación concursal de créditos garantizados con prenda sobre créditos presentes a supuestos distintos, que cuentan además con un régimen legal claramente diferenciado.

13.- Todo lo cual conduce rectamente a la estimación del recurso de casación y a la revocación de la sentencia de apelación y, con asunción de la instancia, y por las mismas razones ya expuestas, a la desestimación del recurso de apelación y a la confirmación de la sentencia de primera instancia, que confirmamos en su integridad.

(...)

[Ver documento](#)