



Roj: **SJM S 212/2019 - ECLI: ES:JMS:2019:212**

Id Cendoj: **39075470012019100004**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Santander**

Sección: **1**

Fecha: **08/04/2019**

Nº de Recurso: **492/2016**

Nº de Resolución: **63/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Concurso de acreedores**

Ponente: **CARLOS MARTINEZ DE MARIGORTA MENENDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **JUZGADO MERCANTIL Nº 1**

Av. Pedro San Martín S/N Santander

Teléfono:

Fax.: 942-357037

Modelo: TX004

Proc.: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO (MATERIA MERCANTIL - 249.1.4) Nº: 0000492/2016**

NIG: 3907547120160000532

Materia: Derecho mercantil

Resolución: Sentencia 000063/2019

Demandante: AYUNTAMIENTO DE TORRELAVEGA

Demandado: SERVICIOS Y OBRAS DEL NORTE S.A.

Procurador: RAUL VESGA ARRIETA

#### **SENTENCIA nº 000063/2019**

En Santander a 8 de abril de 2019.

**Magistrado Juez** : Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez de Marigorta Menéndez.

**Demandante**: Ayuntamiento de Torrelavega

**Demandado**: SERVICIOS Y OBRAS DEL NORTE S.A. (SEÑOR)

Procurador: Raúl Vesga Arrieta.

Letrado: Tomás Sainz Vázquez.

**Objeto**: Indemnización derivada de infracción Competencia (cartel asfalto).

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.**- La parte actora interpuso el día 23-11-2016 demanda solicitando sentencia por la que se condenase a SENOR a que indemnizase al Ayuntamiento de Torrelavega en la cantidad que se fijara conforme a lo que determinasela CNMC, con imposición de costas.

**SEGUNDO** .- Admitida a trámite la demanda, la demandada contesta interesándose la íntegra desestimación con imposición de costas.

**TERCERO.**- Celebrada la audiencia previa fueron las partes citadas a vista y tras la práctica de la prueba e informe de cada una de las partes quedaron los autos vistos para sentencia.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Planteamiento actor e hitos relevantes para el ejercicio de la acción.

Por resolución del Consejo de la CNC de 8-3-2013, en expediente S/0329/11 Asfaltos de Cantabria, se impuso a SENOR (y su matriz JESPAB) y otras empresas, sanción por infracción del art 1 de la LDC desde 1998 a 2011, que fue recurrida ante la sala contenciosa de la Audiencia Nacional (sentencia de 1-7-2014) y finalmente ante la sala III del Tribunal Supremo que dictó sentencia de 30-11-2015. Estas resoluciones no afectan a la definición de la infracción, ni a los infractores declarados responsables.

El recurso de SENOR y JESPAB ante la AN, pretendió: nulidad por caducidad, disconformidad a derecho, y nulidad de la resolución y nuevo cálculo de la multa argumentando infracciones respecto del cálculo del 10 % del volumen de negocio, infracción única y principio de confianza legítima, y proporcionalidad en la sanción. Se estimó únicamente la última cuestión, en relación con el porcentaje del volumen de mercado afectado, anulando a estos solos efectos la resolución, debiéndose dictar otra teniendo en cuanto al motivo estimado.

Tanto de esta sentencia como del documento 5 resultan la existencia de recursos previos por otras integrantes del cartel, alguna de ellas firme.

Ante el TS, interpuesto recurso por la Abogacía del Estado, se solicitó casar y anular la SAN y dictar otra que confirmase íntegramente la resolución de la CNC. Se estima el recurso contra la sentencia de la AN, y parcialmente el recurso contra la resolución de la CNC, que anula "en lo relativo a la fijación de la sanción de multa," ordenando a la CNMyC que cuantifique la sanción pecuniaria conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la ley 15/2007 .

### SEGUNDO.- Conocimiento por el ayuntamiento de la conducta contraria a normativa de Defensa de la competencia y de los sujetos infractores.

El Ayuntamiento conocía la resolución de la CNC y los ulteriores recursos. Su demanda se preocupa anticipadamente de justificar la no concurrencia de prescripción. Basa su pretensión expresamente en el artículo 1902 CC , y por lo tanto aplica plazo prescriptivo del art 1968 CC , de un año, fijando como dies a quo el de su conocimiento de la STS de 30 de noviembre de 2015 mediante la comunicación que le dirige la CNMyC con entrada en el Ayuntamiento el 15 de enero de 2016. La demanda rectora de los presentes autos se interpuso el 23 de noviembre de 2016. A este efecto cita la STS (sala primera) de 8-6-2012 , que, en lo que ahora nos interesa aplica el art 13.2 de la ley 16/1989 .

La propia demanda afirma (página 21) que no existe prejudicialidad administrativa respecto de la cuantificación administrativa de la sanción a los cartelistas, dado que el TS ordena a la CNMyC que proceda a la nueva cuantificación tras declarar la nulidad, como hemos indicado, ya que " *la resolución sancionadora es firme en lo atinente a la conducta contraria a la normativa sobre defensa de la competencia* ", y que " *el régimen sustantivo y procesal de la acción de daños y perjuicios es el establecido en las Leyes Civiles, sin necesidad de acudir a la vía administrativa* " .

La demanda entiende también (página 22) que "están acreditados todos los requisitos necesarios para que prospere la acción como se deduce de los Hechos Probados de la Resolución de 8-3-2013 que ha adquirido firmeza y que se recogen en la sentencia de la Audiencia Nacional de 1-7-2.14" como serían el daño patrimonial (que la actora pretende sea cuantificado por la CNMyC en virtud de lo dispuesto en el art 5.2.b de la Ley 3/2013, de 4 de junio , de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), acción u omisión negligente y relación causal, probados ambos como resulta de los hechos probados referidos.

La propia demanda indica también (página 18) que en la STS de 30-11-2015 quedó incombatida la conducta contraria a la defensa de la competencia.

### TERCERO.- Tutela privada de la aplicación de la normativa antitrust. Carácter necesario y/o vinculante de las decisiones de la autoridad nacional de competencia.

La infracción de las normas sobre Derecho de la competencia, presenta un marcado interés público y a la vez a da lugar a acciones privadas (de nulidad de contratos o de indemnización de perjuicios derivados de la normativa sobre competencia) que se hacen valer ante los órganos mercantiles en la jurisdicción civil.

Durante la vigencia de la Ley 16/1989, de 17 de julio de 1989, de Defensa de la Competencia, su artículo 13.2 indicaba que " *[l]a acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados , una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional . El régimen sustantivo y procesal de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios es el previsto en las leyes civiles* " .



Es decir, se establecía la prejudicialidad administrativa, que llevó, una vez alumbrado el Reglamento 1/03 a un tratamiento diferenciado según la infracción lo fuera solo de normas nacionales o también de normas comunitarias (donde no se precisaba un previo pronunciamiento de las autoridades de la competencia - administrativas- y agotar en su caso la vía contencioso administrativa, para que los tribunales pudieran conocer de una acción civil como la que nos ocupa). Esta disparidad y el peregrinaje a que obligaba, justificó una interpretación doctrinal más flexible, que entendía el término "podrá" del art. 13.2 LDC 1989 en el sentido de permitir al particular la opción de acudir directamente a los tribunales civiles para que declararan la ilicitud del acto, y condenaran a reparar los perjuicios sufridos.

La exigencia de prejudicialidad administrativa desapareció con la LDC 15/2007 de 3 de julio, posicionamiento legislativo que la reforma operada por RD-Ley 9/2017, de 26 de mayo transponiendo la Directiva 2014/104/UE, ha mantenido, indicando el nuevo art. 72.1 -Derecho al pleno resarcimiento- que quien haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia, tendrá derecho a reclamar al infractor y a obtener su pleno resarcimiento ante la jurisdicción ordinaria.

Las decisiones de las autoridades de competencia (o de la jurisdicción contenciosa) podrían en su caso vincular respecto de la existencia de la infracción a los órganos mercantiles, pero no supone una necesaria u obligada espera por la existencia de tales resoluciones para poder ejercitar la acción civil de tutela privada. Cabe incluso la coexistencia de ambos procesos (ante el mercantil y pendencia de recurso contencioso) y que no se dieran los requisitos de la prejudicialidad el art 43 LEC , precisamente porque lo que fuera objeto del recurso contencioso no afectase ni fuera necesario para la resolución del pleito civil.

Antes de la directiva indicada y su transposición, no había norma expresa que regulara el carácter vinculante de las resoluciones de la autoridad de competencia nacional, que constituía un precedente o instrumento muy valioso para el Juez civil, pero no vinculante al provenir de la administración. En caso de encontrarse pendiente de recuso contencioso administrativo, sí cabría prejudicialidad, pero respecto de los hechos constitutivos de la infracción.

#### **CUARTO.- Prescripción de la acción.**

La conclusión de lo expuesto, atendiendo al régimen jurídico aplicable (por fecha de realización de las conductas colusorias, de la resolución de la autoridad de competencia e incluso de la propia STS, todos ellos anteriores a la reforma de la LDC indicada, es que:

Los hechos constitutivos de la infracción, de su gravedad, y los sujetos responsables, están determinados en la resolución de la CNC, fueron en discutidos ante la AN, pero quedaron incombatisos, aceptados, después de la Sentencia de la AN. Así lo reconoce la propia demanda.

Nada impedía la interposición de la demanda civil tras la publicación de la resolución de la CNC, como hemos visto (a diferencia de lo que hubiera ocurrido con el régimen del art 13.2 de la ley del 89).

De haberse interpuesto la demanda civil, hubiera podido plantearse una eventual prejudicialidad, que no necesariamente hubiera sido admitida. De hecho, entiendo que no se hubiera concedido a la vista del objeto del recurso de casación, como apunta la propia demanda según hemos expuesto supra.

Desde la resolución de la CNC, o como mucho desde la firmeza de la SAN, también se tenía los datos para poder realizar una valoración estimativa de los daños sufridos. En cualquier caso, la actora opta por solicitar los criterios indemnizatorios a la CNMyC con la interposición de la demanda, de manera que ni siquiera el argumento de no tener información suficiente para valorar el perjuicio hubiera sido atendible, en la medida en que tampoco realizó esa valoración a la vista de la STS, en la que la parte actora fija el día a quo.

En conclusión, no era necesaria la decisión administrativa para interponer demanda civil, pero una vez conocida ésta, se tenían todos datos necesarios sobre el hecho infractor y sus responsables. A partir de ahí, debe diferenciarse el valor vinculante que pueda decisión de la autoridad nacional de competencia o de los órganos contencioso administrativos, de una eventual necesidad de dichas resoluciones, que no concurre.

Por lo tanto la acción "pudo ejercitarse" conforme a la teoría de la actio nata y el art 1969 del CC , con la resolución de la CNC, a lo sumo con la sentencia de la AN y a la vista los motivos del recurso de casación. Esperar a la resolución del TS no añadía nada, y nada hubiera impedido la interposición de demanda. A la vista de la resolución de la CNC. Esta espera, no siendo necesaria la firmeza la de resolución administrativa desde la reforma de 2007, supone una prolongación del plazo prescriptivo que no puede aceptarse, y sobre el que la propia demanda, como hemos visto, muestra muchas cautelas y trata de justificar correspondiendo la carga de acreditar y probar este hecho impeditivo al a demandada.

#### **QUINTO.- Costas.**



No se imponen dada la evidente y grave infracción reprochada a la demandada, y las dudas que la modificación del sistema del art 13.2 de la ley de 89 en la LDC de 2007 , habiéndose realizado los la infracción desde 1998 hasta 2011, pueden haber generado al ayuntamiento actuante.

#### PARTE DISPOSITIVA

DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por el Ayuntamiento de Torrelavega contra la mercantil SERVICIOS Y OBRAS DEL NORTE S.A., sin imposición de costas.

La presente resolución no es firme.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial. El recurso de apelación se *interpondrá* ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna.

Para interponer el recurso será necesario la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banesto con el número 2258000004049216, consignación que deberá ser acreditada al preparar el recurso ( DA 15ª LOPJ ), especificando en el campo "CONCEPTO" que se trata de un recurso, seguido del CÓDIGO 02 CIVIL-APELACIÓN.

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

El/La Magistrado

**PUBLICACIÓN.** - Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo./a Sr/a. Magistrado que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.