



Roj: **SAP B 1182/2022 - ECLI:ES:APB:2022:1182**

Id Cendoj: **08019370152022100215**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **07/02/2022**

Nº de Recurso: **2112/2021**

Nº de Resolución: **198/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801947120198013177

Recurso de apelación 2112/2021 -3

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 03 de Barcelona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario (Materia mercantil art. 249.1.4) 1157/2019

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 0661000012211221

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Concepto: 0661000012211221

Parte recurrente/Solicitante: MAESPA MANIPULADOS, S.L., PRINTEOS CARTERA INDUSTRIAL, S.L., TOMPLA INDUSTRIA INTERNACIONAL DEL SOBRE, S.L., PRINTEOS, S.A.

Procurador/a: Jesús Sanz López, Jesús Sanz López

Abogado/a:

Parte recurrida: PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL

Procurador/a: María Luisa Montero Correal

Abogado/a: Elena Gonzalez-adalid Nuñez

Cuestiones.- Defensa de la competencia. Acción de reclamación de daños y perjuicios. Cártel de los sobres.

SENTENCIA núm. 198/2022

Ilustrísimos Sres. Magistrados

DON JUAN FRANCISCO GARNICA MARTÍN

DON JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO



DOÑA MARTA CERVERA MARTÍNEZ

En Barcelona, a siete de febrero de dos mil veintidós.

Parte apelante: PRINTEOS CARTERA INDUSTRIAL S.L., TOMPLA INDUSTRIA INTERNACIONAL DEL SOBRE S.L., PRINTEOS S.A., y MAESPA MANIPULADOS, S.L.

Parte apelada: PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL

Resolución recurrida: Sentencia.

- Fecha: 25 de marzo de 2021

- Demandante: PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL

- Demandada: PRINTEOS CARTERA INDUSTRIAL S.L., TOMPLA INDUSTRIA INTERNACIONAL DEL SOBRE S.L., PRINTEOS S.A., y MAESPA MANIPULADOS, S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El fallo de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente:

"Que ESTIMO parcialmente la demanda formulada a instancia del PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL, representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. María Luisa Montero Correal y defendido por el Letrado D. Javier Sánchez Lozano Velasco y D^a Elena González-Adalid Núñez, contra las mercantiles PRINTEOS CARTERA INDUSTRIAL S.L., TOMPLA INDUSTRIA INTERNACIONAL DEL SOBRE S.L., PRINTEOS S.A., y MAESPA MANIPULADOS, S.L., representadas por el Procurador D. Jesús Sanz López y defendidas por el Letrado D. Helmut Brokelmann y D^a Paloma Martínez-Lage, y en consecuencia, CONDENO a las demandadas a pagar de manera solidaria a la parte actora la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, de conformidad con los parámetros establecidos en el Fundamento de Derecho Séptimo de la presente resolución, más intereses legales desde la fecha de la interpelación judicial y sin hacer expresa imposición de las costas causadas."

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la parte demandada. Del recurso se dio traslado a la actora, que presentó escrito de oposición e impugnación.

TERCERO.- Recibidos los autos originales y formado en la Sala el Rollo correspondiente, se procedió al señalamiento de día para votación y fallo, que tuvo lugar el pasado 28 de octubre de 2021.

Es ponente el Ilmo. Sr. DON JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Términos en los que aparece contextualizada la controversia en esta instancia.

1. La demandante, PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL (PSOE), interpuso demanda de reclamación de cantidad con fundamento en la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 25 de marzo de 2013, que declaró la existencia de un cártel de fijación de precios y reparto de clientes en el mercado nacional de fabricación de sobres, en el que participaron distintas empresas, entre las que se encuentran las demandadas. La Resolución fue confirmada por la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de marzo de 2017. Por Auto de 24 de octubre de 2017 de la Sala 3^a del Tribunal Supremo se acordó la inadmisión a trámite del recurso de casación interpuesto contra dicha Sentencia, que alcanzó firmeza.

2. La infracción de las normas de defensa de la competencia, según la Resolución de la CNC, se materializó a través de las siguientes conductas:

a. El reparto del mercado y fijación de precios a través del reparto de las licitaciones públicas de sobre electorales con ocasión de la celebración de los procesos electorales celebrados en España desde 1977 hasta 2010.

b. El reparto del mercado de los sobres pre-impresos corporativos a través del reparto de clientes, grandes corporaciones nacionales públicas y privadas, al menos, entre 1977 y 2010, que llevaría aparejada la fijación de los precios de los sobres.

c. La fijación de precios y reparto de los clientes del sobre blanco entre 1977 y 2010.

d. La limitación del desarrollo técnico en el sector del sobre mediante el acuerdo entre varias entidades para la formación de un consorcio tecnológico.



3. La actora, adquirente de sobres pre-impresos y sobres electorales, solicitó que se declarara la existencia de una infracción de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, y se condenara a las demandadas, en concepto de daños derivados de su conducta anticompetitiva, al pago de ocho millones ciento cincuenta y seis mil novecientos setenta y un euros con cincuenta y seis céntimos (8.156.971,56 euros). Subsidiariamente, solicitó que se condenara a las demandadas a la cantidad alternativa que señalara el Juzgado. Para la determinación del daño, la demandante aportó dos informes periciales: El primero (documento 16 de la demanda) tiene por objeto estimar el volumen de sobres adquiridos por el PSOE durante la vigencia del cártel y el precio pagado por ellos. El segundo informe (documento 17 de la demanda) está dirigido al cálculo del sobreprecio.

4. Las demandadas PRINTEOS CARTERA INDUSTRIAL S.L., TOMPLA INDUSTRIA INTERNACIONAL DEL SOBRE S.L., PRINTEOS S.A., y MAESPA MANIPULADOS, S.L., sociedades que pertenecen al Grupo TOMBLA (en adelante, TOMBLA), se opusieron a la demanda por los siguientes motivos (en síntesis):

(i) Prescripción de la acción ejercitada.

(ii) Inexistencia de daño por cuanto la adquisición de sobres electorales está subvencionada por el Estado.

(iii) Inexistencia de nexo causal, pues entre los años 1989 y 2010 el PSOE no compraba sus sobres a ninguna de las empresas integrantes del cártel, sino a un intermediario, ARPON Papeles Especiales S.A., que a su vez se abastecía de sobres fuera de España (a un fabricante francés que opera bajo la marca "La Couronne").

(iv) Indebida cuantificación del daño por deficiencias metodológica en las periciales de la actora.

(v) Improcedencia de la pretensión declarativa, por tratarse de una acción "follow on".

SEGUNDO.-De la sentencia, de los recursos y de los escritos de oposición

5. La sentencia estima en parte la demanda. Rechaza, de entrada, que la acción haya prescrito, al concluir que el plazo de un año debe computarse desde la fecha de la Sentencia de la Audiencia Nacional que desestimó el recurso interpuesto por las demandadas (el 29 de marzo de 2017), plazo que quedó posteriormente interrumpido por reclamaciones extrajudiciales. Por otro lado, en cuanto al fondo del asunto, la sentencia tiene por acreditado el daño y el nexo causal a partir del propio relato de hechos de la resolución de la CNC, sin que pueda sostenerse la inexistencia del daño por estar la compra del sobre subvencionada por el Estado. En cuanto a la cuantificación del daño, la Sentencia apelada sigue el criterio sentado por esta Sección en la distintas Sentencias del cártel de los sobres (por todas, Sentencia de 13 de enero de 2020), en las que se aplicó un porcentaje lineal del 20% a la suma facturada para toda la vida del cártel, capitalizado de acuerdo con el interés legal.

6. La sentencia es recurrida por la parte demandada, que insiste en los mismos argumentos esgrimidos en el escrito de contestación. La actora se opone al recurso e impugna la sentencia, tanto en lo relativo a la cuantificación del daño como en cuanto al pronunciamiento de costas procesales, que estima han de imponerse a la demandada. Para no ser reiterativos, nos extenderemos en reseñar las alegaciones de las partes al analizar los distintos motivos de impugnación.

TERCERO.- Hechos probados. Carácter vinculante de los hechos declarados probados en las resoluciones dictadas por los Órganos Nacionales de Defensa de la Competencia.

7. Al igual que hicimos en nuestras primeras sentencias sobre el cártel de sobres (por todas, Sentencia de 10 de enero de 2020), extraeremos de la Resolución de la CNC de 25 de marzo de 2013 los hechos que estimamos relevantes para la resolución del recurso, si bien los haremos de forma más sucinta. Tras precisar el marco normativo en el mercado de sobres de papel (hecho 18), que queda limitado a las normas relacionadas con licitaciones públicas (fundamentalmente, la Ley de Contratos de Sector Público), la Resolución establece el siguiente análisis sobre el mercado afecto:

Mercado de producto (hecho probado 19.1º).

El mercado analizado en este expediente es el correspondiente a la fabricación y distribución de sobres de papel en el mercado español, distinguiendo (Escrito de ANTALIS en contestación a requerimiento de información de la DI, folio 8860):

-Sobres pre-impresos o especiales: aquéllos que por su tamaño, peso o estructura, son diferentes a los sobres estándar, de acuerdo a las especificaciones proporcionadas por los clientes, que se comercializan a través de licitaciones organizadas por el cliente, principalmente grandes corporaciones privadas o Administraciones Públicas y con ocasión de la celebración de procesos electorales.

-Sobres blancos, normales, de catálogo o de stock: Se trata de aquellos sobres sin ningún tipo de impresión, a partir de un catálogo predefinido, y que pueden ser utilizados para cualquier finalidad. Estos sobres tienen como clientes principales empresas mayoristas de distribución, imprentas y otras empresas del canal gráfico.

Mercado geográfico (hecho probado 19,2º).

El mercado geográfico afectado sería todo el territorio nacional, dado que las conductas llevadas a cabo por los fabricantes de sobres de papel lo han sido con referencia a las licitaciones convocadas por diferentes Administraciones Públicas (AAPP) españolas a nivel estatal y autonómico, así como por numerosas corporaciones públicas y empresas privadas de carácter nacional, por lo que es todo el mercado español el mercado geográfico de referencia en este expediente. Teniendo en cuenta que el mercado afectado por el cártel objeto de investigación en este expediente sancionador es de ámbito nacional, afectando a la totalidad del territorio español, sería susceptible de tener un efecto apreciable sobre el comercio intracomunitario, dado que va a compartimentar el mercado nacional, creando de esta manera unas potenciales 26 desventajas competitivas para los posibles entrantes en el mercado español del sobre.

Organización y funcionamiento del cártel

(187) Los hechos acreditados en este expediente sancionador se fundamentan en la información facilitada por UNIPAPEL en su solicitud de exención, la documentación recabada en las inspecciones, la información aportada en las solicitudes de reducción presentadas -todas ellas tras la realización de dichas inspecciones-, así como en las contestaciones a los requerimientos de información a las empresas incoadas y a terceras empresas y Administraciones Públicas clientes de las anteriores, potencialmente perjudicadas por las siguientes prácticas:

1. Acuerdos para el reparto del mercado a través de las licitaciones de sobres electorales para los procesos electorales convocados entre 1977 y 2010 entre 14 empresas del cártel: ANDUPAL, ANTALIS, DOMENECH, ENVEL, TOMPLA, MAESPA, CEGAMA, PLANA, PACSA, RODON, SOBRINSA, SAM, IZALBE y UNIPAPEL, con la colaboración de HISPAPPEL, así como el reparto entre TOMPLA y UNIPAPEL de la producción de sobres electorales para el buzoneo que realizan los partidos políticos.

2. Acuerdos para el reparto del mercado de sobres pre-impresos a través del reparto de clientes nacionales, tanto públicos como privados, entre 1990 a 2010, realizado por las siguientes 11 empresas del cártel: ANTALIS, TOMPLA, PLANA, PACSA, SAM, SERBOS, UNIPAPEL, ARGANSOBRE, ENVEL, MAESPA y SOBRINSA, con la colaboración de HISPAPPEL.

3. Acuerdos entre ANTALIS, SAM, TOMPLA y UNIPAPEL para la fijación de los precios y reparto de los clientes de sobre blanco entre 1994 a 2010, con la colaboración de HISPAPPEL.

4. Acuerdo entre TOMPLA, UNIPAPEL, SAM, PACSA, ANTALIS y PLANA, para limitar el desarrollo técnico en el sector del sobre de papel a través de acuerdos para la formación de un consorcio tecnológico entre TOMPLA, UNIPAPEL y SAM, que dio lugar a la constitución en 1997 de la sociedad COVER FORMAS, S.L. (en adelante, COVERFORMAS), creada por TOMPLA y UNIPAPEL para compartir las innovaciones tecnológicas generadas en cada una de dichas empresas que licenciaban únicamente a las empresas ANTALIS, SAM y PLANA.

(188) Estas prácticas forman parte de un acuerdo complejo, en el que se subsumen múltiples acuerdos de reparto y fijación de precios de los sobres pre-impresos para los procesos electorales convocados en España y para clientes, además de los relativos al sobre blanco y al desarrollo técnico, adoptados por un núcleo duro de empresas del cártel formado por ANTALIS, PLANA, TOMPLA (incluyendo a SAM y PACSA) y UNIPAPEL, con la participación de HISPAPPEL, que participaron en casi la totalidad de las conductas anteriormente descritas, salvo PLANA de la que no se ha acreditado su participación en los acuerdos relativos al sobre blanco, a las que se suman pequeñas y medianas empresas fabricantes de sobres en el territorio español -ANDUPAL, ARGANSOBRE, CEGAMA, DOMENECH, ENVEL, IZALBE, MAESPA, RODON, SERBOS y SOBRINSA- en relación con las prácticas relativas a los sobres pre-impresos, ya fueran en relación con los procesos electorales o para clientes.

(191) El núcleo duro del cártel implantó un mecanismo que con el mismo objeto y bajo las mismas pautas, operó repetidamente, primero en las licitaciones electorales convocadas por la Administración Pública y posteriormente para las ofertas a presentar a empresas privadas y entidades públicas para suministros de sobres pre-impresos, así como de sobre blanco y las innovaciones tecnológicas aplicables al sobre de papel, en general. A estos acuerdos se sumaron una serie de empresas de alcance regional y local, que participaban en licitaciones de su ámbito regional, por cercanía, particularidades de la licitación (serigrafía de sobres en idiomas distintos al castellano) o experiencia en el suministro.



(192) Este mecanismo colusorio formó parte de una estrategia única planteada a partir de 1977, coincidiendo con la convocatoria de las primeras elecciones democráticas en España, por el núcleo duro del cártel para controlar la totalidad del mercado de sobres en España, repartiéndose el mercado nacional.

(194) Asimismo la vigencia del cártel durante más de 30 años en el mercado de sobres nacional probablemente haya contribuido a dejar el mercado español fuera de los procesos de concentración sectorial ocurridos en Europa desde principios del año 2000, provocador por el exceso de oferta y la búsqueda de mayores eficiencias y economías de escala en la producción. Este proceso europeo concluyó con la creación de cinco grandes fabricantes partiendo de un total de treinta fábricas existentes. Muy diferente ha sido el caso español del sobre, en el que están presentes 15 fabricantes.

(195) Según se acredita de la información que obra en este expediente, los primeros contactos entre los fabricantes de sobres de papel se remontan a las convocatorias de los primeros procesos electorales celebrados en nuestro país en 1977. Según ha indicado UNIPAPEL en su solicitud de exención¹ y han confirmado PLANA y TOMPLA en sus solicitudes de reducción del importe de la multa, los contactos se produjeron ante la falta de capacidad de producción de las empresas individualmente para suministrar los grandes volúmenes de sobres electorales que dichos comicios exigían, lo que les motivó para repartirse la fabricación y suministro de los sobres electorales entre varios fabricantes.

(196) Como ya se ha indicado, si bien de la información obrante en el expediente se acredita el conocimiento y participación en las prácticas objeto de investigación por parte ASSOMA al menos hasta 1992, lo cierto es que tras la constitución en 1980 de la sociedad HISPAPPEL y su compra en el año 1981 por los principales fabricantes de sobres nacionales que ya formaban parte del cártel, los contactos y reuniones entre las empresas del cártel se institucionalizaron utilizando la sede de dicha empresa para sus reuniones y también de su personal para instrumentar sus acuerdos.

Acuerdos para el reparto del mercado de sobres pre-impresos

(202) El acuerdo para el reparto de los Grandes Clientes consistía, a efectos prácticos, en la coordinación de las ofertas a presentar por las empresas del cártel cuando solicitaban presupuestos o convocaban licitaciones para la contratación de sobres pre-impresos corporativos. Con carácter general, la empresa del cártel a la que le correspondía el mayor porcentaje en ese cliente de acuerdo con la Lista de reparto (en adelante, el Líder) era el encargado de diseñar las estrategias de coordinación de las ofertas para cada licitación o proceso organizado por el cliente, definiendo qué empresa y cómo se presentaba a cada licitación, marcando el precio de la oferta económica de acompañamiento presentada por cada uno de ellas para garantizar la adjudicación, el precio y el acuerdo de reparto. En determinados Grandes Clientes, el Líder siempre se garantizaba resultar el adjudicatario de la licitación convocada por el mismo. En otras ocasiones y para evitar levantar suspicacias entre los clientes, la empresa adjudicataria de la licitación iba cambiando a la elección del Líder.

(203) Según se acredita de la información que obra en el expediente, cuando un Gran Cliente solicitaba un presupuesto a alguno de las empresas del cártel o cuando se convocaban subastas u otro tipo de licitaciones por parte de los Grandes Clientes, las empresas del cártel se ponían en contacto telefónicamente, vía fax o se reunían para organizar la estrategia de coordinación.

(204) La estrategia marcada por el Líder variaba en función del procedimiento de que se tratara, así en las peticiones de presupuestos, simplemente se marcaba el precio a presentar por cada una de las empresas del cártel a las que se hubiese solicitado dicho presupuesto, para garantizar que el resultado estuviera de acuerdo con la estrategia organizada por el Líder de ese cliente.

(205) En el supuesto de la convocatoria de subastas, el Líder diseñaba la estrategia de la puja incluyendo el orden de presentación de las pujas, el número de pujas a presentar por cada cliente y los precios a presentar por cada una de las empresas del cártel participantes en el procedimiento. En los supuestos de subastas electrónicas o virtuales, las empresas del cártel estaban conectadas telefónicamente mientras realizaban sus pujas para adaptarse a los posibles imprevistos, ante la presencia de pujas por parte de terceras empresas ajenas al cártel.

(206) En todas aquellas ocasiones en las que el concurso, la subasta o el procedimiento de licitación convocados por el cliente permitía la adjudicación por lotes o modelos a diversos adjudicatarios, se ajustaban las ofertas entre las empresas del cártel de manera que cada una resultara adjudicataria de los volúmenes que representasen de una manera aproximada el porcentaje asignado de dicho cliente conforme los porcentajes asignados en la Lista. Cuando esto no era posible porque no coincidían los lotes o las partidas con los porcentajes asignados a cada uno de las empresas participantes en el cártel con participaciones en la fabricación para el cliente en cuestión, o en aquellos otros supuestos en los que sólo se exigía un adjudicatario en cada licitación, se procedía a realizar una compensación entre las empresas del cártel.



(420) Por tanto, queda de manifiesto los contactos entre las empresas del cártel desde 1977, que se vieron reforzados a partir de la década de los 80 cuando los principales fabricantes de sobres de papel comenzaron a intercambiar información sobre clientes clave en el seno de HISPAPPEL y acordar el reparto de los pedidos solicitados por ciertos clientes importantes.

(421) De hecho, está acreditado en el expediente el reparto de los denominados "Grandes Clientes" desde el año 1990, como el reparto de los sobres adquiridos por el BBV (posteriormente BBVA) a lo largo de los años y en los que las empresas participantes en el cártel vienen identificadas con las siguientes siglas, K identificando a KANGUROS (actual ANTALIS), PC a PACSA, S a SAM, U a UNIPAPEL y T a TOMPLA).

(422) Este reparto de clientes se institucionaliza en 1995, elaborándose una Lista de 223 clientes y las participaciones de las empresas del cártel con respecto a dichos clientes 220, que se relacionan en el Anexo II a este PCH.

(423) La Lista asignaba un número a cada cliente y establecía un porcentaje de participación de las empresas del cártel para cada cliente incluido en la Lista (en adelante, Grandes Clientes). Este porcentaje fue determinado en el momento de la elaboración de la Lista en función de la facturación que tradicionalmente venían realizando las empresas del cártel para cada cliente, lo que se denominarían "Participaciones Históricas".

(424) El reparto de los Grandes Clientes suponía la coordinación de las ofertas a presentar por las empresas del cártel cuando solicitaban presupuestos o convocaban licitaciones para la contratación de sobres pre-impresos. Con carácter general, la empresa del cártel a la que le correspondía el mayor porcentaje en ese cliente de acuerdo con la Lista (el Líder) era el encargado de diseñar las estrategias de coordinación de las ofertas, definiendo qué empresa y cómo se presentaba a cada licitación, marcando el precio de la oferta de acompañamiento para garantizar la adjudicación, el precio y el acuerdo de reparto. En determinados Grandes Clientes, el Líder siempre se garantizaba resultar el adjudicatario de la licitación convocada por el mismo. En otras ocasiones y para evitar levantar suspicacias entre los clientes, la empresa adjudicataria de la licitación iba cambiando a la elección del Líder.

5.2 Fijación de precios y reparto de las licitaciones de sobres electorales

(230) De acuerdo con las declaraciones del Consejero Delegado, Director General y del Presidente de UNIPAPEL presentadas por dicha empresa en su solicitud de exención⁴¹ así como por PLANA⁴², TOMPLA⁴³ y ANTALIS⁴⁴ en sus solicitudes de reducción, los primeros contactos entre las empresas del cártel para repartirse la fabricación de sobres electorales se fechan en 1977, coincidiendo con la celebración de los primeros procesos electorales en España⁴⁵. En concreto, en el acta de la reunión de ASSOMA de 4 de noviembre de 1986 se afirmaba lo siguiente en relación con la declaración efectuada por el Director General de TOMPLA durante dicha reunión ⁴⁶:

(231) Efectivamente, desde la constitución de HISPAPPEL en 1980 el cártel se institucionaliza, como también ha indicado el Director General de PLANA en su solicitud de reducción⁷. De hecho, de acuerdo con la información aportada por UNIPAPEL en su solicitud de exención, confirmada posteriormente en las solicitudes de reducción presentadas y se reafirma en la información aportada por el MINISTERIO DEL INTERIOR (en adelante, MIR) en contestación a los requerimientos de información de esta DI, en la licitación de los sobres electorales de las Elecciones Generales de 1982, 18 empresas participantes en el cártel se repartieron los 18 lotes de esta licitación, presentándose cada una de ellas a un único lote de los 18 ofertados, con idénticas ofertas económicas en cada uno de los 18 lotes, resultando dichas empresas adjudicatarias de cada uno de los lotes. En relación a esta mecánica del cártel, consistente en el reparto de los distintos lotes licitados por las Administraciones Públicas convocantes de los procesos electorales, ésta se modificó tras los cambios producidos en dichas licitaciones a partir de las Elecciones Generales de 1986, en las que el MIR modificó los términos de la licitación eliminando los lotes y estableciendo la adjudicación a un único adjudicatario de la producción de la totalidad de los sobres electorales licitados.

(232) Ante esta modificación de la licitación, las empresas participantes en el cártel modificaron la sistemática de sus acuerdos, dado que ya no era posible repartirse la adjudicación de la producción de los sobres electorales en base a los lotes de la adjudicación.

(233) Así, a partir de ese momento el reparto de la producción de los sobres electorales se realizó a través de acuerdos de subcontratación entre la empresa adjudicataria y el resto de las empresas del cártel, siendo determinantes para adoptar estos acuerdos y su ejecución las grandes empresas del sector, aunque teniendo en cuenta a las pequeñas, en algún caso con gran implantación regional.

(234) Los acuerdos se adoptaban para cada uno de los procesos electorales, decidiéndose por el cártel qué empresas se presentaban a la licitación, la cuantía de las ofertas económicas a presentar y el reparto posterior para la fabricación de los sobres electorales, tomando como referencia para el reparto las participaciones



en el accionariado de HISPAPPEL, aunque entrando también a valorar otros factores, como compensaciones sobre anteriores elecciones y cuando comenzaron los acuerdos sobre grandes clientes compensando a alguna empresa del cártel en relación con el suministro a los mismos.

(235) Debido a que el MIR también estableció unas determinadas condiciones técnicas para presentarse a dichas licitaciones a partir de las Elecciones Generales de 1986, las empresas del cártel tuvieron que modificar la sistemática seguida por el cártel hasta dicho momento, acordando a partir de dichas elecciones las ofertas económicas a presentar para determinar previamente la empresa que ganar la adjudicación de la correspondiente licitación.

(237) Debido a que el MIR estableció unas determinadas condiciones técnicas para presentarse a dichas licitaciones a partir de las Elecciones Generales de 1986 las empresas del cártel acordaron que las distintas ofertas que presentarían a los distintos procesos electorales condujeran a que dichas licitaciones fueran ganadas, por regla general, por UNIPAPEL, lo que ocurrió en la mayoría de las elecciones hasta 2010. Por tanto, para asegurarse de que le fuera adjudicada la licitación a UNIPAPEL o a otra de las grandes empresas participantes en el cártel designadas en algún supuesto, únicas que cumplían las condiciones técnicas que proponía el MIR, era fijando los precios que debían ofertar cada una de las empresas del cártel que se presentaban a las licitaciones.

(238) Una vez se adjudicaba la licitación a la empresa designada por el cártel, generalmente UNIPAPEL, ésta facilitaba a las demás empresas del cártel las especificaciones y los identificativos para fabricar la cantidad de sobres señalados por el cártel para las empresas del cártel, al objeto de identificar los sobres como fabricados por UNIPAPEL y así ocultar a la Administración Pública convocante que había otras empresas que fabricaban parte del producto. De ahí que gran parte de la documentación relativa a la ejecución de los acuerdos de reparto y distribución de los distintos procesos electorales fuera elaborada por UNIPAPEL, dada su condición de adjudicataria de estas licitaciones.

(239) La facturación de dicha producción subcontratada se realizaba a UNIPAPEL por las empresas que fabricaban parte del producto, con un descuento pactado entre todas las empresas del cártel (del 3, 4 ó 5%), en función de cada proceso electoral y/o empresa del cártel- sobre el precio unitario de adjudicación. Con esa diferencia a favor de UNIPAPEL se compensaban parte de los gastos por el transporte, así como las pérdidas generadas por el volumen de fabricación no fabricado y su impacto en los costes unitarios de fabricación.

(240) Desde los primeros procesos electorales, ANTALIS (antes KANGUROS), PLANA, UNIPAPEL y las empresas del Grupo TOMPLA (PACSA, SAM y TOMPLA) -todas ellas accionistas de HISPAPPEL- tuvieron un papel relevante en la adopción de los acuerdos de reparto de los sobres electorales, así como para la ejecución del reparto, dejando para el resto de empresas no accionistas de HISPAPPEL unas participaciones minoritarias, normalmente en función del volumen histórico de cuota de mercado y su implantación regional, sobre todo en las Comunidades Autónomas (en adelante, CC.AA) de Andalucía, Cataluña, Galicia y País Vasco. En el caso estas CC.AA, en el reparto realizado por las empresas del cártel se incluía a empresas con implantación en la Comunidad Autónoma correspondiente, ya sea por requerimientos del propio mercado (cercanía de las empresas fabricantes, interés de las Administraciones Públicas convocantes en que hubiera una empresa de la Comunidad Autónoma convocante, etc.) o por los propios acuerdos entre las empresas del cártel (compensaciones por concursos anteriores o clientes compartidos, etc.), participando también dichas empresas en el reparto de las licitaciones de sobre electorales de las elecciones convocadas por dichas CC.AA.

8. Como hemos dicho, la Resolución de la CNC de 25 de marzo de 2013 considera que las conductas descritas constituyen una infracción continuada del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE , consistente en un cártel de fijación de precios y reparto de clientes en el mercado de sobres de papel en todo el territorio nacional, por lo que impone a las empresas investigadas las sanciones que se señalan en la parte dispositiva de la resolución. Interpuesto recurso por la demandada, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de marzo de 2017 confirma en lo sustancial dicha Resolución, a salvo la cuantía de la multa. El recurso de casación interpuesto contra la Sentencia no fue admitida a trámite por auto del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2017 , por lo que ha adquirido firmeza.

9. La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5819), sobre el llamado cártel del azúcar, establece el carácter vinculante de los hechos considerados probados en resoluciones anteriores dictadas en jurisdicciones distintas y, en concreto, de las sentencias dictadas contra resoluciones de los Órganos Nacionales de Defensa de la Competencia. Aunque no cabe afirmar el carácter de cosa juzgada, dado que el artículo 222.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a sentencias firmes dictadas por órganos de la jurisdicción civil, por lo que difícilmente puede atribuirse efectos de cosa juzgada, siquiera como prejudicial, a lo decidido por otras jurisdicciones, sí se produce tal efecto en cuanto a la fijación de hechos " pues la circunstancia de que los hechos enjuiciados hayan sido objeto de un proceso ante otra



jurisdicción no impide a los órganos del orden jurisdiccional civil examinarlos bajo el prisma del ordenamiento civil, teniendo que aceptar las conclusiones obtenidas en aquel proceso en aras del principio de seguridad jurídica." La citada Sentencia añade lo siguiente en relación con las acciones de daños por conductas constitutivas de ilícitos anticompetitivos:

" Esta vinculación a los hechos considerados probados en anteriores resoluciones judiciales (en este caso, la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo que confirmó la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia) tiene mayor sentido aun en un sistema como el del art. 13.2 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia , que es calificado como de "follow on claims", en el que los perjudicados ejercitan la acción de indemnización de daños y perjuicios una vez que ha quedado firme la sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa que ha decidido si concurría la conducta ilícita por contravenir la Ley de Defensa de la Competencia, para lo cual era preciso partir de los hechos constitutivos de la conducta calificada como ilícita por anticompetitiva.

La empresa demandada ha tenido plenas posibilidades de defensa y las ha ejercitado tanto ante el Tribunal de Defensa de la Competencia que instruyó y resolvió el expediente administrativo como ante los órganos judiciales contencioso-administrativos ante los que recurrió, por lo que ninguna indefensión le produce la vinculación de la jurisdicción civil, en los términos que se ha expresado, a los hechos constitutivos de la conducta anticoncurrencial y la consideración de su gravedad, tal como han sido fijados por la sentencia firme recaída en vía contencioso-administrativa."

CUARTO. - Sobre la prescripción de la acción.

10. El recurso de TOMPLA insiste en que la acción ha prescrito. La sentencia apelada considera aplicable el plazo de prescripción de un año del artículo 1968 del Código Civil para las acciones de responsabilidad extracontractual (artículo 1902 del Cc), régimen jurídico vigente cuando se produjeron los hechos. Descarta, por tanto, la aplicación del plazo de cinco años del artículo 74 de la Ley de Defensa de la Competencia , en vigor en nuestro país desde 27 de mayo de 2017 con la publicación del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, que traspone al Ordenamiento Español la Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, que establece determinadas normas por las que se rigen, en virtud del Derecho nacional, las acciones de daños resultantes de las infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (en adelante, Directiva de Daños).

11. La sentencia considera que el plazo debe contarse desde la fecha en la que se dictó Sentencia por la Audiencia Nacional (el 29 de marzo de 2017), por lo que, interrumpido el cómputo mediante comunicaciones de 13 de marzo de 2018 (documento 19 de la demanda) y el 12 de marzo de 2019 (documento 20), la demanda se interpuso en plazo (se presentó en el Decanato de los Juzgados de Barcelona en junio de 2019).

12. La recurrente alega que el plazo debe computarse desde que se hizo pública la Resolución de la CNC (el 1 de abril de 2013), como así se consideró de forma unánime por las distintas sentencias dictadas en Barcelona y Madrid sobre el cártel de los sobres. Según la demandada, desde la publicación de la Resolución, la actora pudo tener pleno conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción y de la identidad de los infractores. El recurso ante la Audiencia Nacional fue irrelevante, a estos efectos, pues basta con leer la Sentencia que lo resolvió para concluir que no se discutieron los hechos constitutivos de la infracción sino únicamente la cuantía de las multas. No es posible la aplicación retroactiva del artículo 74 de la LDC , que contempla la interrupción del plazo de prescripción por la apertura de un procedimiento sancionador ante la autoridad de la competencia hasta transcurrido el plazo de un año desde la firmeza de la resolución que ponga término al procedimiento.

13. La actora, por su parte, se opone al recurso e impugna la sentencia, pues considera que el plazo de prescripción sólo puede computarse desde el auto del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2017 que inadmite la casación del recurso contra la Sentencia de la Audiencia Nacional.

14. Pues bien, coincidimos en este punto con la posición mantenida por la demandante. En efecto, no es controvertido que resulta de aplicación al caso el plazo de un año del artículo 1968.2º del Código para las acciones de responsabilidad extracontractual a contar "*desde que lo supo el agraviado*" o desde el día en que pudo ejercitarse la acción (artículo 1969), vigente cuando se produjeron los hechos y durante la tramitación del procedimiento. Dicho precepto ha sido interpretado de forma reiterada por el Tribunal Supremo en el sentido de que el plazo de prescripción no puede iniciarse sino desde el momento en que el perjudicado -en este caso, por el ilícito concurrencial- conoce todos los elementos de hecho y de derecho necesarios para el ejercicio de la acción. Es cierto que en las primeras sentencias sobre el cártel de los sobres se optó por la fecha de la publicación de la Resolución, frente a la alternativa esgrimida por alguno de los infractores, de la fecha de la nota de prensa que daba cuenta del resultado del procedimiento sancionador. Sin embargo,



en este caso la discusión estriba entre la publicación de la Resolución -tesis defendida por la recurrente- o su firmeza - como sostiene la apelada-.

15. Aunque nada impide a los terceros perjudicados iniciar sus reclamaciones con la publicación de la resolución administrativa que pone término al procedimiento sancionador, el conocimiento cierto de los hechos y de sus responsables sólo se alcanza con la firmeza de la Sentencia del recurso contra dicha resolución. Desde la perspectiva del tercero perjudicado que no ha sido parte ni en el expediente sancionador ni en el recurso contencioso, el cómputo del plazo no puede depender del contenido del recurso y del objeto del procedimiento judicial, extremos que sólo están a su alcance *a posteriori*, una vez se hacen públicas las resoluciones judiciales. Por ello, no entraremos a analizar en qué consistió el recurso de TOMPLA y si hubo o no aceptación de los hechos y de la existencia de la infracción.

16. Además, en este caso nos encontramos ante una acción *follow on* en sentido propio, esto es, ejercitada a partir de una resolución administrativa cuyos hechos van a vincular al juez civil, por lo que no puede iniciarse el cómputo del plazo hasta que la resolución alcanza firmeza. Así lo establece el artículo 74 de la vigente Ley de Defensa de la Competencia y así se deducía del régimen jurídico anterior. Reproducimos de nuevo la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013 en el cartel del azúcar, del que se infiere ese criterio:

" Esta vinculación a los hechos considerados probados en anteriores resoluciones judiciales (en este caso, la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo que confirmó la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia) tiene mayor sentido aun en un sistema como el del art. 13.2 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia , que es calificado como de "follow on claims", en el que los perjudicados ejercitan la acción de indemnización de daños y perjuicios una vez que ha quedado firme la sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa que ha decidido si concurría la conducta ilícita por contravenir la Ley de Defensa de la Competencia, para lo cual era preciso partir de los hechos constitutivos de la conducta calificada como ilícita por anticompetitiva."

17. Por lo expuesto, debemos desestimar en este punto el recurso de la demandada.

QUINTO.- La subvenciones recibidas por la demandante como elemento que excluye el daño.

18. TOMPLA sostiene que el envío de sobres electorales fue sufragado con subvenciones públicas del Estado durante todo el periodo de reclamación (1985 a 2010), lo que habría excluido o minorado el daño. El recurso cuestiona que la sentencia apelada no haya tomado en consideración esa circunstancia y que haya prescindido por completo del informe pericial emitido por la firma DJF & PHELPS (en adelante, informe D&P), que analiza, a partir de los informes de fiscalización del Tribunal de Cuentas, las subvenciones percibidas por el PSOE por el envío de los sobres electorales y su incidencia en el perjuicio real sufrido.

19. Estimamos conveniente para nuestro análisis comenzar exponiendo el marco normativo existente en esta materia. La Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG), regula las subvenciones que perciben los partidos políticos por su participación en proceso electorales. En este sentido, el artículo 130 considera gastos electorales " *los que realicen los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones participantes en las elecciones desde el día de la convocatoria hasta el de la proclamación de electos*" por los conceptos contemplados en el propio precepto, entre los que se encuentra la " *confección de sobres y papeletas electorales*" (apartado a/), la " *propaganda y publicidad directa o indirectamente dirigida a promover el voto a sus candidaturas, sea cual fuere la forma y el medio que se utilice*" (apartado b/) y la " *correspondencia y franqueo*" (apartado f/).

20. Por tanto y como *primera conclusión*, la adquisición de sobres por la demandante, objeto de la reclamación, tanto la de los sobres electorales propiamente dichos como la de los sobres pre-impresos de envío de la papeleta electoral con la propaganda, constituye legalmente un gasto electoral subvencionado por el Estado.

21. El artículo 175 del LOREG, por su parte, contempla, para las Cortes Generales, *dos tipos de subvenciones*; una, de carácter general (en adelante, *subvención general u ordinaria*), que se calcula en función del número de escaños y votos obtenidos (apartado primero), y otra, más específica o finalista (en adelante *subvención finalista*), que sufraga los gastos electorales originados por el envío de los sobres y papeletas electorales o de propaganda electoral, que se determina en función del número de electores en cada una de las circunscripciones (apartado tercero). Dicho apartado, introducido en la Reforma de 1991, dice lo siguiente:

"3. Además de las subvenciones a que se refieren los apartados anteriores, el Estado subvencionará a los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones los gastos electorales originados por el envío directo y personal a los electores de sobres y papeletas electorales o de propaganda y publicidad electoral de acuerdo con las reglas siguientes:



a) *Se abonarán 0,18 euros por elector en cada una de las circunscripciones en las que haya presentado lista al Congreso de los Diputados y al Senado, siempre que la candidatura de referencia hubiera obtenido el número de Diputados o Senadores o de votos preciso para constituir un Grupo Parlamentario en una u otra Cámara.*

b) *La cantidad subvencionada no estará incluida dentro del límite previsto en el apartado 2 de este artículo, siempre que se haya justificado la realización efectiva de la actividad a que se refiere este apartado."*

22. En cualquier caso, la concesión de la subvención se condiciona en la Ley a que el gasto se justifique debidamente al Tribunal de Cuentas. De este modo, el artículo 127.1º de la LOREG dice al respecto lo siguiente:

" El Estado subvenciona, de acuerdo con las reglas establecidas en las disposiciones especiales de esta ley, los gastos ocasionados a los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores por su concurrencia a las elecciones al Congreso de los Diputados y al Senado, Parlamento Europeo y elecciones municipales. En ningún caso la subvención correspondiente a cada grupo político podrá sobrepasar la cifra de gastos electorales declarados, justificados por el Tribunal de Cuentas en el ejercicio de su función fiscalizadora."

23. En la medida que sólo se subvenciona el gasto electoral justificado, la subvención, como sostiene la recurrente, se configura como una cantidad máxima y no como una suma fija que el Estado garantiza a los partidos políticos al margen de que se lleve a cabo o no la actividad objeto de la subvención (en nuestro caso, la adquisición y envío de los sobres electorales).

24. La resolución de 5 de noviembre de 2019 de la Presidencia del Tribunal de Cuentas, que aprueba la Instrucción relativa a la fiscalización de las contabilidades de las elecciones a Cortes Generales de 10 de noviembre de 2019, precisa cómo deben justificarse los gastos electorales objeto de subvención. Destacamos, por su carácter ilustrativo, los siguientes apartados:

Exposición de Motivos:

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 134.2 de la LOREG, el Tribunal de Cuentas se ha de pronunciar, en el ejercicio de su función fiscalizadora, sobre la regularidad de las contabilidades electorales presentadas por las formaciones políticas y, en el caso de que se hubieran apreciado en las mismas irregularidades o violaciones de las restricciones establecidas en materia de ingresos y gastos electorales, puede iniciar el procedimiento sancionador en los casos y en los términos establecidos en la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos (LOFPP), así como proponer la no adjudicación o reducción de la subvención pública a percibir por la formación política de que se trate.

3. Requisitos de la documentación justificativa a presentar ante el Tribunal de Cuentas
3.1 Documentación contable.

De conformidad con el apartado 1 del artículo 133 de la LOREG, las formaciones políticas deberán presentar una contabilidad detallada y documentada de sus respectivos ingresos y gastos electorales. El apartado 2 del citado artículo establece que la presentación se realizará por los administradores generales de las formaciones políticas. El Tribunal evaluará la idoneidad de la información presentada a fin de poder determinar el importe de los gastos regulares justificados aplicables a las elecciones a Cortes Generales, según se contempla en el artículo 134 de la LOREG.

Por su parte, a tenor de las previsiones del artículo 175.3 de la LOREG, los gastos electorales originados por el envío directo y personal a los electores de sobres y papeletas electorales o de propaganda y publicidad electoral, deberán diferenciarse de los gastos electorales restantes, de forma que queden claramente identificadas las partidas correspondientes a los gastos de dicha naturaleza. En este mismo sentido, al objeto de facilitar las comprobaciones, la formación política deberá certificar explícitamente la cifra total de gastos por envíos declarados en la contabilidad presentada y el número de envíos realizados.

3.4 Documentación justificativa de los gastos por envíos de propaganda electoral y del número de envíos personales y directos.

"El artículo 175.3 de la LOREG contempla que el Estado subvencionará a los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones los gastos electorales originados por el envío directo y personal a los electores de sobres y papeletas electorales o de propaganda y publicidad electoral, siempre que la candidatura de referencia hubiera obtenido el número de Diputados o Senadores o de votos preciso para constituir un Grupo Parlamentario en una u otra Cámara.

En el caso de que la formación política tenga derecho a percibir la subvención para sufragar este tipo de gastos, se deberá presentar justificación documental de todos los gastos de esta naturaleza, con independencia de su



cuantía (en formato "pdf"). Asimismo, todas las facturas justificativas remitidas deberán indicar expresamente las elecciones a las que corresponde el gasto electoral.

Las formaciones políticas deberán declarar de forma expresa, en documento aparte, el número de electores a los que se les haya efectuado el envío directo y personal de sobres y papeletas electorales o de propaganda electoral para las elecciones a Cortes Generales por cada una de las circunscripciones (en formato "xlsx")."

25. Analizaremos a continuación qué parte de los gastos soportados por el PSOE con la adquisición de sobres fue sufragada por las diferentes Administraciones y con cargo a qué modalidad de las dos subvenciones lo han sido, extremo que puede resultar relevante a la vista de la distinta naturaleza de cada una de ellas. En este sentido, la única pericial que lo analiza es la aportada por la demandada. El informe D&P examina en el extremo 5.1º (páginas 27 a 47) qué parte de los gastos de envío de sobres electorales, que comprende los gastos de adquisición, fueron subvencionados. Dado que la información se extrae de los informes de fiscalización emitidos por el Tribunal de Cuentas y que, en principio, el importe de las subvenciones deja poco margen para la interpretación, las conclusiones de los peritos, al menos en lo relativo al total de los gastos subvencionados, nos merecen suficiente crédito. De este modo, la pericial distingue según el tipo de comicios:

-Elecciones a Cortes Generales.- De los siete procesos analizados (1986, 1989, 1993, 1996, 2000, 2004 y 2008), en todos ellos los gastos de envío de propaganda electoral fueron cubiertos con la subvención finalista, a excepción de los comicios celebrados en los años 1986 y 1999, en los que no se concedieron subvenciones por envío de propaganda electoral y en los que la subvención general sólo cubrió el 60,2% y el 73,5% de los gastos incurridos por el PSOE.

-Elecciones al Parlamento Europeo.- De los procesos analizados (1987, 1989, 1994, 1999, 2004 y 2009), sólo en los tres primeros la subvención no cubrió el 100% de los gastos de envío (abarcaron el 39,3%, el 42,4% y el 99,9% respectivamente). A partir de las elecciones de 1994 los gastos se atendieron con cargo a la subvención finalista.

-Elecciones Municipales y Cabildos.- De los seis procesos electorales (1987, 1991, 1995, 1999, 2003 y 2007), el total de los gastos electorales han sido sufragados por la subvención percibida, a excepción de las primeras.

-Elecciones al Parlamento de Andalucía.- De los siete procesos electorales (1986, 1990, 1994, 1996, 2000, 2004 y 2008), los gastos por envío de sobres electorales fueron cubiertos con la subvención, a excepción de las elecciones celebradas en los años 1986, 1990 y 1994, en las que la subvención cubrió el 80,6%, el 74,5% y el 99,4%, respectivamente (las dos primeras con cargo a la subvención general).

-Elecciones al Parlamento de Galicia.- Salvo en las dos primeras elecciones (1985 y 1989), en las que la subvención ordinaria únicamente cubrió el 37,3% y el 41,7%, respectivamente, de los gastos electorales, en el resto los gastos de envío fueron íntegramente sufragados con la subvención.

-Elecciones al Parlamento Vasco.- Salvo en las elecciones de 1990 y 1994, en las que la subvención general únicamente cubrió el 59,1% y el 62,9%, respectivamente, de los gastos electorales, en el resto los gastos de envío fueron íntegramente sufragados con la subvención (la de 1986, con cargo a la subvención general).

-Elecciones Forales a Juntas Generales del País Vasco.- En todos los procesos electorales los gastos de envío quedaron cubiertos por la subvención general percibida.

-Elecciones Autonómicas.- En los siete procesos electorales celebrados en Asturias, Extremadura y La Rioja, los gastos electorales incurridos por el PSOE han sido cubiertos por la subvención. En las elecciones autonómicas celebradas en el resto de las comunidades, en los años 1999, 2003 y 2007, la subvención recibida por el PSOE cubrió íntegramente los gastos incurridos por la citada formación política, a excepción de las elecciones autonómica celebradas en el año 2007 en Aragón, cubriendo la subvención únicamente el 99,93% de los gastos incurridos por el PSOE. En el resto de las elecciones (1987, 1991 y 1995), la subvención recibida por el PSOE cubrió entre un 73% y un 99,8% de los gastos electorales totales. La distribución de las subvenciones, según su modalidad, figura en la página 37 del informe.

26. En relación con los gastos justificados y el total de las subvenciones recogidas en el informe de la demandada, la sentencia cuestiona las cantidades correspondientes a los comicios al Parlamento de Canarias y a la Junta Foral del País Vasco. Sin embargo, según resulta del Anexo IV (página 162), en relación con las elecciones en Canarias, los peritos obtuvieron la información de los informes de fiscalización de la Audiencia de Cuentas de Canarias, lo que no ha sido rebatido por la apelada. La única estimación es la correspondiente a las elecciones del año 1987, que se obtuvo, por falta de datos, de la información disponible correspondiente a las elecciones de 1987. Por lo que se refiere a los comicios a las Juntas Forales del



País Vasco (página 152 del informe), las subvenciones se calculan a partir de lo dispuesto en la Legislación especial del País Vasco, lo que estimamos correcto. Es cierto que los gastos de cinco de los comicios (1987, 1991, 1999, 2003 y 2007) se estiman a partir de los gastos conocidos del año 1995, contemplado en el informe de fiscalización de ese ejercicio, método que estimamos adecuado. En cualquier caso, en los 12 comicios analizados, los gastos correspondientes a los envíos de sobres electorales se cubren al 100% con la subvención ordinaria, dado que no existe un desglose correspondiente a esa partida.

27. La sentencia apelada también censura que dentro de las Elecciones Municipales se incluyan también los Cabildos Canarios. Sin embargo, el recurso aclara -y no se discute en el escrito de oposición- que los informes de fiscalización de las elecciones locales incluyen a los Cabildos y que en el cálculo de D&P se incluyen las compras de 7,6 millones de sobres correspondientes a esas elecciones.

28. Por otro lado, no creemos que la disgregación y agregación de datos que realizan los peritos de la demandada haya impactado en la valoración del sobreprecio, como se señala en la sentencia, máxime cuando no se precisa de qué manera ha influido en su cuantificación.

29. Por último, es cierto que en la pericial de la demandada, en aquellos casos en los que se ha concedido una subvención por envío de sobres conjuntamente con la subvención ordinaria por el conjunto de los gastos electorales, la parte de los gastos de envío no cubierta con la subvención específica o finalista incrementa los gastos tomados en consideración para su imputación a la subvención ordinaria. El recurso justifica ese traslado en la instrucción del Tribunal de Cuentas, que dice al respecto lo siguiente: *"De acuerdo con la normativa electoral, el importe de los gastos por envíos electorales que no resulte cubierto por la subvención a percibir por el número de envíos justificados, incrementará, a todos los efectos, los gastos declarados por la actividad electoral ordinaria"*. Ese desglose lo estimamos correcto, sin perjuicio de las valoraciones que puedan realizarse del hecho de que el gasto por la adquisición de sobres quede cubierto con la subvención ordinaria.

30. A partir de ahí, la pericial de la demandada concluye que de los 124 comicios celebrados en el periodo 1985-2010, en 85 de ellos, la subvención recibida por el PSOE cubrió el 100% de los gastos electorales incurridos en concepto de gasto por envío de propaganda electoral (con la subvención finalista, en unos casos, y con la subvención ordinaria, en otros), en tanto que en los 39 comicios restantes la subvención percibida por el PSOE sólo cubrió parcialmente el conjunto de los gastos electorales.

31. El informe pericial de la demandada considera que en aquellos comicios en los que la subvención ha cubierto el 100% de los gastos electorales, el coste neto para el PSOE habría sido de "cero" euros. Por el contrario, en el caso que la subvención no cubriese el 100% del gasto, para calcular el perjuicio la pericial recurre a la fórmula que se indica en la página 39 del informe, que comprende los siguientes factores; (i) cálculo del importe que fue cubierto por la subvención y del coste neto incurrido por el PSOE teniendo en cuenta el porcentaje de gasto electoral cubierto por la subvención percibida y calculado sobre el importe total de compras, incluido el presunto sobreprecio pagado; (ii) cálculo del importe que fue cubierto por la subvención y del coste neto incurrido por el PSOE, en cada una de las elecciones celebradas teniendo en cuenta el porcentaje de gasto electoral cubierto por la subvención percibida y calculado sobre el importe de compras una vez descontado el presunto sobreprecio pagado, con lo que se obtiene la compras descontado el sobreprecio; (iii) el daño emergente se cuantificaría como la diferencia entre el coste neto realmente incurrido por el PSOE (apartado i)) y el coste neto para el PSOE excluyendo los sobreprecios pagados (apartado ii).

32. Delimitado el marco normativo y el contenido de la pericial de la demandada, la sentencia apelada no toma en consideración las subvenciones percibidas por la actora por dos motivos fundamentales. De un lado, por cuanto debe distinguirse entre el "gasto electoral acreditado" y el "gasto electoral acreditado a efectos de subvención", que puede ser inferior al gasto real. La sentencia estima que la *"demandada no ha acreditado que el gasto real haya quedado cubierto por la subvención"*. De otro lado, por cuanto la subvención no se otorga en función del precio pagado por cada sobre, *"sino que se trata de una subvención fija que se otorga por elector, siempre que la candidatura en cuestión obtenga un determinado número de votos, por lo que cabe descartar que se haya podido producir un traspaso del sobreprecio pagado por la actora en la compra de sobres al Estado"*.

33. Descartamos, como ya hemos adelantado, que la subvención por el envío de sobres electorales se trate de una cantidad fija desvinculada del gasto real. Y, de otro lado, precisamente por tratarse de un gasto que debe justificarse ante el Tribunal de Cuentas, so pena de no percibir la subvención, no es posible distinguir entre "gasto real acreditado" y "gasto real acreditado a efectos de la subvención". Si el gasto declarado ante el Tribunal de Cuentas no se justifica no es subvencionable. Y por el mismo motivo, si el gasto no se acredita debidamente tampoco puede ser objeto de resarcimiento en una reclamación de daños y perjuicios.

34. Dicho lo cual, estimamos, contra lo sostenido por la sentencia apelada, que en la medida que el gasto en que incurrió la demandante por la adquisición de los sobres, con el sobreprecio correspondiente, quedó



cubierto íntegramente con la subvención finalista concedida por el Estado para el envío de propaganda electoral, la actora no resultó perjudicada y no puede reclamar por ello. La subvención en tal caso alcanza el 100% del gasto, incluido el eventual sobreprecio, con lo que el perjuicio se traspassa en su integridad a la Administración que subvenciona. Aunque la demandante no acompaña las facturas de compra, sino que realiza una estimación del gasto basada en el censo electoral y en las referencias de precios contenidas en la Resolución de la CNC, esa estimación suple a las facturas. Y si estas fueron sufragadas en su totalidad por el Estado (o la Administración correspondiente), previa justificación, con cargo a la subvención finalista, se produce un desplazamiento del sobreprecio, como hemos dicho, similar al que tiene lugar cuando se repercute total o parcialmente el daño (*passing-on*), repercusión que se esgrime frecuentemente como defensa en las infracciones del derecho de la competencia y que está contemplada tanto en la Directiva de Daños como en el artículo 78 de la LDC. Dice dicho precepto:

<<1. El derecho al resarcimiento enunciado en este título se referirá únicamente al sobrecoste efectivamente soportado por el perjudicado, que no haya sido repercutido y le haya generado un daño.

3. El demandado podrá invocar en su defensa el hecho de que el demandante haya repercutido la totalidad o una parte del sobrecoste resultante de la infracción del Derecho de la Competencia.

La carga de la prueba de que el sobrecoste se repercutió recaerá en el demandado, que podrá exigir, en una medida razonable, la exhibición de pruebas en poder del demandante o de terceros.>>

35. La repercusión del sobrecoste al comprador, contemplado en el precepto transcrito, es equivalente al traslado del sobreprecio a la entidad que subvenciona íntegramente el gasto. Al igual que el comprador indirecto está legitimado para reclamar el sobrecoste que le ha sido repercutido, la entidad que subvenciona también está legitimada para reclamar los perjuicios que le ha ocasionado la infracción. Ambas partes traen a colación, a este respecto, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019. En un procedimiento iniciado por el Estado Federado de Alta Austria por subvenciones concedidas a empresas adquirentes del cártel de ascensores y escaleras mecánicas, a la pregunta formulada por el Tribunal Supremo de Austria sobre la posibilidad de exigir indemnizaciones por quienes no son adquirentes o proveedores del cártel, el TJUE responde lo siguiente:

"El artículo 101 TFUE debe interpretarse en el sentido de que las personas que no actúan como proveedores o compradores en el mercado afectado por un cártel, pero que han concedido subvenciones en forma de préstamos en condiciones favorables a compradores de productos ofrecidos en ese mercado, pueden solicitar que se condene a las empresas que participaron en dicho cártel a reparar el perjuicio que han sufrido debido a que, al ser el importe de dichas subvenciones más elevado que el que habría resultado de no existir el mencionado cártel, esas personas no han podido utilizar esa diferencia para otros fines más lucrativos."

36. Esto es, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea amplía el elenco de los perjudicados, contemplando, junto a los compradores o proveedores en el mercado afectado por el cártel, al organismo que concede subvenciones. Esa Sentencia, aplicada a este caso, habilitaría a la Administración que subvenciona y en la que recae el perjuicio (por haber sufragado el gasto) a reclamar frente a los sujetos responsables de la infracción.

37. Como venimos diciendo, la subvención para el envío directo y personal de sobres electorales o de propaganda es una subvención finalista por la que el Estado o la Administración competente sufraga (y asume) los gastos de esa actividad electoral, que incluye, lógicamente, el gasto por la adquisición de sobres. Se introduce en el artículo 175 del LOREG con la Reforma de 1991 y consiste en una cantidad por elector en cada una de las circunscripciones, que se actualizan por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda. Además, no está sujeta al límite de los gastos electorales que afecta a la subvención ordinaria. La subvención se estima valorando el gasto razonable que comporta esa específica actividad electoral. De este modo, se observa en la pericial una correlación entre gasto y subvención, esto es, en la práctica totalidad de los comicios coincide el importe del gasto con el de la subvención. Precisamente por sufragar una actividad muy concreta que comprende unos conceptos determinados (adquisición de sobres y papeletas, junto con la publicidad, y los gastos de envío), no puede ser destinada a financiar otros gastos electorales. Si la actividad de envío de sobres electorales no se lleva a cabo y no se justifica ante el Tribunal de Cuentas no se percibe la subvención. *Por tanto y como conclusión, en el cálculo del sobreprecio habrá que descartar los gastos de adquisición de sobres sufragados con la subvención específica para esa partida.* En esa situación se encuentran los siguientes procesos electorales (incluimos aquellos casos en los que la subvención ha cubierto el 100% de los gastos de envío o una cantidad muy próxima al 100%, superior al 90%):

-Elecciones generales de 1993, 1996, 2000, 2004 Y 2006

-Elecciones al Parlamento Europeo de 1994, 1999, 2004 y 2009

-Elecciones municipales de 1991, 1995, 1999, 2003 y 2007



- Elecciones al Parlamento de Andalucía de 1994, 1996, 2000, 2004 y 2008
- Elecciones al Parlamento de Galicia de 1993, 1997, 2001, 2005 y 2009
- Elecciones al Parlamento Vasco 1998, 2001, 2005 y 2009
- Elecciones al Parlamento de Aragón de 1995, 1999, 2003 y 2007
- Elecciones al Parlamento de Baleares de 1995, 1999, 2003 y 2007
- Elecciones al Parlamento de Castilla la Mancha de 1999, 2003 y 2007
- Elecciones al Parlamento de Castilla y León de 1999, 2003 y 2007
- Elecciones al Parlamento de Madrid de 2003
- Elecciones al Parlamento de Murcia de 1995, 1999, 2003 y 2007
- Elecciones al Parlamento de Navarra de 1999, 2003 y 2007
- Elecciones al Parlamento de la Rioja de 1995, 1999, 2003 y 2007.

38. Más discutible es si el perjuicio existe cuando el gasto por la adquisición de sobres, con el eventual sobreprecio, se sufraga con cargo a la subvención ordinaria. En esta situación se encuentran los siguientes procesos electorales (incluimos sólo aquellos casos en los que la subvención cubre la totalidad del gasto o en un porcentaje superior al 97%):

- Elecciones al Parlamento Vasco de 1986
- Elecciones Forales a la Juntas Generales del País Vasco de 1987, 1991, 1995, 1999, 2003 y 2007
- Elecciones al Parlamento de Aragón de 1987 y 1991
- Elecciones al Parlamento de Asturias de 1987, 1991, 1995, 1999, 2003 y 2007.
- Elecciones al Parlamento de Canarias de 1987, 1991, 1995, 1999, 2003 y 2007.
- Elecciones al Parlamento de Cantabria de 1995, 1999, 2003 y 2007.
- Elecciones al Parlamento de Castilla la Mancha de 1987, 1991 y 1995.
- Elecciones al Parlamento de Castilla y León de 1987, 1991 y 1995.
- Elecciones al Parlamento de Extremadura de 1987, 1991, 1995, 1999, 2003 y 2007.
- Elecciones al Parlamento de Madrid de 1995, 1999, y 2007.
- Elecciones al Parlamento de Navarra de 1987 y 1995.
- Elecciones al Parlamento de La Rioja de 1987 y 1991.
- Elecciones al Parlamento de Valencia de 1987, 1991, 1995, 1999, 2003 y 2007.

39. Recordemos que los gastos electorales ordinarios están limitados por Ley (artículo 175.2º de la LORG, límite que no comprende los gastos por envío de sobres), por lo que, de no existir el sobreprecio, la actora hubiera podido incrementar sus gastos electorales, destinando para ello ese sobreprecio o hubiera podido optimizar en mayor medida los gastos. A ello se refiere la sentencia cuando señala que existe daño " *por el hecho de no haber podido invertir de otra forma más rentable la cantidad que se ha destinado al pago del sobreprecio del cartel, y que ello puede ser entendido como una daño real y resarcible*". En definitiva, en la medida que el sobreprecio, soportado por el PSOE, le impidió incrementar el gasto y transferirlo a otras actividades electorales (lo que no es posible con la subvención finalista), entendemos que el perjuicio subsiste, pese a la subvención ordinaria, y que debe ser resarcido. Por todo ello, *en el cálculo del perjuicio deberá incluirse los procesos electorales en los que el gasto de adquisición de sobres quedó cubierto con la subvención ordinaria*.

40. En el resto de *los procesos electorales en los que la subvención sólo ha cubierto parcialmente el gasto electoral y, en concreto, el gasto por la adquisición de sobres, tampoco procede efectuar descuento alguno*. El informe pericial da a entender que debe procederse a un prorrateo, esto es, que la subvención debería tomarse en consideración de forma proporcional (así resulta de la fórmula y las explicaciones incluidas en las páginas 39 y siguientes del informe), aunque en el recurso se matiza esa posición del perito. En cualquier caso, debe quedar claro que la subvención en ningún caso debe considerarse, ni siquiera de forma parcial, pues cualquier sobreprecio debe imputarse al gasto electoral no subvencionado.

SEXO.- Sobre la existencia del daño. Compras del PSOE al intermediario ARPON.



41. Como dijimos en las primeras Sentencias sobre el cártel de los sobres, está en la naturaleza de las cosas que pueda presumirse que existe daño como consecuencia de los ilícitos que se imputan a las demandadas. Si se llevan a cabo prácticas anticompetitivas (cualquiera que sea su naturaleza) es para obtener provecho con ellas, provecho de una parte que se suele corresponder con un perjuicio de la otra. La presunción de daño se infiere del informe elaborado por Oxera en el año 2009 (Quantifying Antitrust Damages, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2009) para la Comisión Europea, en el que se indica que el 83% de los carteles causa daño. Por otra parte, y por esa misma razón, tanto la Directiva de 2014 como la LDC (art. 76.3) también establecen esa misma presunción de daño.

42. Ahora bien, que pueda presumirse el daño de forma abstracta no significa que tengamos que estimar acreditado que existe daño en todo caso para la demandante. Estamos ante una simple presunción, que favorece a la actora, pero que admite prueba en contrario. Y esa prueba puede cuestionar, de forma esencial, la existencia de relación causal entre la conducta ilícita que se imputa al infractor y los perjuicios que se afirman sufridos por la parte demandante. En nuestro caso, los perjuicios por los que se reclama corresponderían al sobreprecio que afirma que ha debido pagar como consecuencia de la infracción anticompetitiva.

43. En este caso, la Resolución de la CNC declara que la infracción de las normas de la competencia se materializó tanto a través (i) del reparto de mercado y fijación de precios en las licitaciones públicas de sobres electorales, como (ii) el reparto del mercado y fijación de precios del mercado de sobres pre-impresos. Por tanto, la fijación de precios en los sobres electorales forma parte de la infracción. Y en cuanto al mercados de sobres pre-impresos, tal y como dijimos en la Sentencia de 10 de enero de 2020 y en resto de Sentencias sobre el mismo cártel, del relato de hechos probados también resulta que el reparto de clientes incluía la fijación de precios, llegando a contemplar las empresas del cártel la imposición de sanciones a quienes incumplieran esos acuerdos. Además, aunque las empresas del cartel no fijaran directamente los precios que ofertaban a los clientes, la coordinación en la estrategia y la renuncia voluntaria a competir en el marco de esa estrategia común incidía de forma indirecta en el precio de adjudicación. Entendemos, en este sentido, que los acuerdos de reparto de clientes producen efectos similares a los de fijación de precios. Lo relevante, a los efectos que ahora estamos considerando, es que en todos los casos la CNC aprecia que se produjo un sobreprecio apreciable, lo que significa que hubo un daño efectivo.

44. El recurso, más que negar la existencia de cualquier sobreprecio, aduce que el PSOE compró una parte muy importante de los sobres al intermediario ARPÓN a precios no cartelizados, puesto que ARPÓN se abastecía fuera del cártel, en concreto, en el mercado francés (al fabricante La Courone, que pasó a formar parte del Grupo TOMPLA). Además, este fabricante siguió aplicando a ARPÓN precios no cartelizados anteriores a su entrada en el grupo TOMPLA en el año 1997.

45. Con el escrito de contestación a la demanda se aportan centenares de facturas de La Courone al intermediario ARPON (agrupadas en el documento tres). Ahora bien, salvo un primer grupo de facturas poco significativo del año 1996, la mayor parte están datadas a partir del año 1999, esto es, son posteriores a la adquisición del fabricante francés por TOMPLA.

46. El informe pericial complementario de D&P (páginas cuatro y siguientes), señala que el 72% del total de sobres de votación y un 66% del volumen total de los sobres de envío adquiridos por el PSOE entre 2000 y 2019 fueron adquiridos a través de intermediarios y, en particular, de ARPÓN, que suministró el 58% de los sobres. La trazabilidad de las adquisiciones, puesta en entredicho por la sentencia apelada, la deducen los peritos del volumen total de pedidos realizado por la actora y el volumen total de sobres facturados, que representan sumas similares. Además, la pericial concluye que los precios facturados por La Courone a Arpón están entre un 31% y un 39% por debajo del nivel cartelizado en España.

47. Pues bien, valorada la documental y el informe de la demandada, con el resto de los medios de prueba, no podemos tener por probado que una parte relevante de los sobres adquiridos por el PSOE lo fueran a precio de mercado (no cartelizado) por compras realizadas por el intermediario francés ARPÓN a empresas ajenas al cártel. En efecto, la Resolución de la CNC tiene por acreditado que a partir de las Elecciones Generales de 1986 las empresas del cártel acordaron que " *las distintas ofertas que presentarían a los distintos procesos electorales condujeran a que dichas licitaciones fueran ganadas, por regla general, por UNIPAPEL, lo que ocurrió en la mayoría de las elecciones hasta 2010*" (apartado 237 de la relación de hechos probados). El apartado 243 de la Resolución también declara probado " *que las licitaciones para las elecciones convocadas entre 1982 y 2010 por el MIR y las CC.AA de Andalucía, Cataluña, Galicia y País Vasco que se indican a continuación fueron pactadas previamente por las empresas del cártel*", incluyendo en la relación de convocatorias la práctica totalidad de los procesos electorales celebrados hasta el año 2010.



48. No podemos aceptar como hecho probado que todas las facturas giradas a ARPON fueran por sobres suministrados al PSOE y, además, que lo fueran por precios no cartelizados. Como hemos dicho, La Courone forma parte del Grupo TOMPLA desde 1997, por lo que las facturas, en su práctica totalidad, fueron emitidas vigente el cártel y por una empresa controlada por uno de los principales responsables de la infracción. El documento doce de la demanda, al que se hace referencia en los escritos de alegaciones y en la propia resolución apelada, es un Anexo extraído del expediente seguido ante la CNC que incluye a La Courone como empresa suministradora y participante en el reparto del mercado. Atendidos los hechos acreditados en el expediente ante la CNC y la participación de TOMPLA, conjuntamente con empresas que representaban el 90% del mercado de sobres, en el reparto de ese mercado y en la determinación de los precios en los distintos comicios celebrados hasta el año 2010, a la demandada incumbía la carga de acreditar, contra la que refiere el expediente, que el PSOE adquirió sobres fuera del círculo de sujetos infractores y a precios no cartelizados, cosa que estimamos que no ha hecho.

Por todo ello, debemos desestimar este motivo de impugnación de la sentencia.

SÉPTIMO.- Cuantificación del daño. Estimación del sobreprecio. Valoración del tribunal.

49. Como dijimos en nuestras primeras Sentencias sobre el cártel de los sobres, la aproximación a las cuestiones que debemos decidir se ha de hacer desde la constatación de la dificultad que entraña valorar adecuadamente el daño. Lo expresa bien la Comisión cuando en su Comunicación sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del TFUE afirma:

"La cuantificación de ese perjuicio exige comparar la situación actual de la parte perjudicada con la situación en la que estaría sin la infracción. Esto es algo que no se puede observar en la realidad: es imposible saber con certeza cómo habrían evolucionado las condiciones del mercado y las interacciones entre los participantes en el mercado sin la infracción. Lo único que se puede hacer es una estimación del escenario que probablemente habría existido sin la infracción. La cuantificación del perjuicio en asuntos de competencia siempre se ha caracterizado, por su propia naturaleza, por limitaciones considerables en cuanto al grado de certeza y precisión que puede esperarse. A veces solo son posibles estimaciones aproximadas".

50. Por tanto, para determinar el daño es preciso ser conscientes de que el tribunal ha de partir, más que de hechos, de hipótesis sobre escenarios posibles, lo que determina, ya de forma apriorística, una situación de extraordinaria inseguridad y de dificultad. Se explica así que 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, disponga en su art. 15.1:

"Los Estados miembros velarán por que ni la carga de la prueba ni los estándares de prueba necesarios para la cuantificación del perjuicio hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento de daños y perjuicios. Los Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales nacionales estén facultados, con arreglo a los procedimientos nacionales, para estimar el importe de los daños y perjuicios si se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios pero resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar con precisión los daños y perjuicios sufridos sobre la base de las pruebas disponibles".

51. En lógica consecuencia, el art. 76.2 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007, de 3 de julio) dispone:

"Si se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios pero resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlos con precisión en base a las pruebas disponibles, los tribunales estarán facultados para estimar el importe de la reclamación de los daños".

52. Por tanto, las dificultades probatorias, que de alguna forma son connaturales o inherentes a la materia, no pueden determinar que la demanda pueda resultar sin más desestimada cuando se haya constatado la efectiva existencia de daños y el problema estribe en su cuantificación. Por esa razón, en último extremo se habilita al órgano jurisdiccional para que lo cuantifique por estimación, previsión normativa que no puede ser interpretada en términos que impliquen la supresión de toda exigencia de esfuerzo probatorio razonable a las partes. Si ese esfuerzo se ha realizado y persisten los problemas de cuantificación, está plenamente justificado que el órgano jurisdiccional fije la cuantía del daño por estimación.

53. En cualquier caso, esto es, tanto se utilice un método estimativo como otro distinto, en esencia el problema del enjuiciamiento es el mismo: se trata de probar meras hipótesis, de manera que en sustancia se tratará de hacer un juicio de inferencia lógico que ponga en relación los hechos ilícitos que se imputan a la parte demandada y la situación ideal (e imaginaria) en la que se encontraría la parte actora de no haber existido



ese hecho. Ese juicio de inferencia se apoyará en máximas de la experiencia humana adquirida, es decir, en reglas del conocimiento humano que permitan justificar adecuadamente ese juicio de inferencia. Por tanto, lo razonable es pensar que no existirán medios de prueba directos sino indirectos, es decir, datos o indicios que permitan hacer ese juicio de inferencia a que nos hemos referido.

54. Lo expuesto nos permite hacer una última consideración sobre el papel de las periciales en este tipo de procesos. Las periciales de las partes, a través de las cuales pretenden cuantificar el daño, no pueden cumplir una función que vaya más allá de suministrar al órgano jurisdiccional esas "máximas de la experiencia humana adquirida" a través de las cuales poder hacer lo más adecuadamente posible ese juicio de inferencia lógica a que nos hemos referido. Pero no sustituyen el juicio del juez por el del perito, sino que persiguen algo más modesto, ayudar a conformar el criterio que se ha de formar el juez, y que constituye en estos casos la esencia de su juicio. A ello se refiere a la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando dispone que las periciales se valorarán de acuerdo con las reglas de la sana crítica (artículo 348). La función del juez no consiste, por tanto, en elegir qué pericial le ha parecido más convincente, en los casos en los que existan diversas y con conclusiones enfrentadas, sino en argumentar cómo las mismas han ayudado a conformar su propio criterio sobre la máxima de la experiencia que la pericial ha pretendido aportar al proceso. En nuestra opinión, la valoración debe ser conjunta y tomando como referencia, más que el medio probatorio en sí mismo, el discurso argumental que el juez esté asumiendo como propio, esto es, el propio juicio de inferencia que al tribunal le parezca más lógico.

55. Para la cuantificación del daño, la parte actora aporta un primer informe (documento 16) elaborado por la firma ALFA COMPLETNEESS (en adelante, informe ALFA), cuyo objeto consiste en la determinación y cuantificación del importe mínimo de compras de sobres de papel por parte del PSOE en el periodo infractor (1985-2010), dado que la actora no aporta las facturas de compra. El número de sobres (en unidades) adquiridos se determina a partir del número de electores de cada uno de los comicios celebrados en España desde 1985 hasta el año 2010 (páginas 6 a 12 del informe pericial). Para la cuantificación del precio unitario, el informe ALFA obtiene la información de la Resolución de la CNC, que contempla tres tipos de precios; (i) los precios aplicados en las licitaciones públicas; (ii) los precios aplicados en las compras de sobres para buzoneo electoral realizadas directamente por los partidos políticos; (iii) los precios aplicados directamente en la compras de sobres para buzoneo electoral realizadas por los partidos mediante la intervención de imprentas, intermediarios y/o agencias. En cada proceso electoral, los peritos optan por el menor de los precios de referencia (páginas 13 y siguientes del informe).

56. Con esos criterios de estimación, la pericial concluye que el PSOE realizó compras mínimas de sobres en todo el periodo comprendido entre 1985 y 2010 por valor de 14.320.816,64 euros. Esa suma es admitida por la sentencia apelada, criterio que compartimos, máxime cuando no se cuestiona abiertamente en el recurso.

57. Por lo que se refiere a la estimación del sobreprecio, la actora aporta un segundo informe (documento 17) realizado por los mismos peritos que sigue un método diacrónico de estimación del sobreprecio, que se calcula por la diferencia entre el precio del cártel y otros precios comparables del mismo mercado no afectados por la infracción, concretamente: los relativos al periodo posterior a la investigación de la CNC de 2010 (a priori no afectados por el cártel) y los de empresas no pertenecientes al cártel durante el periodo de la infracción (extremo 4.5º del informe, página 28). En concreto, los peritos toman en consideración los descuentos máximos aplicados por las empresas del cartel en las elecciones al Parlamento Europeo de 1994, 2004 y 2008, en las elecciones Generales de 2004 y 2008, en las elecciones municipales de 2007 y los precios aplicados en 2005 a LA CAIXA y a la Agencia Tributaria a partir de 2006. Esos precios se confrontan con los mayores descuentos aplicados a partir de 2011 en las elecciones a Cortes Generales, LA CAIXA y la Agencia Tributaria (obtenidos también de la Resolución de la CNC). Por otro lado, durante el periodo de la infracción y, en concreto, en el año 1994, ganó la licitación de las elecciones al Parlamento Europeo Cayfosa, empresa que no pertenece al cártel y que resultó adjudicataria por ser su oferta un 23,15% inferior a la de la cartelista UNIPAPEL.

58. A partir del sobreprecio estimado del año 1994, la pericial calcula el sobreprecio para cada a anualidad de la siguiente manera:

- Para el periodo comprendido entre los años 1995 y 2003, se realiza una interpolación lineal entre los datos estimados para 1994 y 2004.

- Para los años 2005 y 2006, se toma como referencia los valores de la interpolación lineal obtenida en el período 1994-2004.

- Para el periodo comprendido entre los años 1985 y 1993, y tomando como referencia los valores de la interpolación lineal obtenida en el período 1994-2004, se procede a extender la interpolación lineal que había sido creada para el período 1994-2004.



- Para el periodo comprendido entre los años 2007 y 2009, se estima un sobreprecio anual a través del promedio aritmético simple de las referencias disponibles

para cada año en relación con tan sólo con los sobres electorales, esto es, sin considerar los datos de LA CAIXA y AEAT.

- Para el año 2010, en el que solamente se tienen las Elecciones al Parlamento de Cataluña, se toma como referencia los sobreprecios del año 2009.

59. Del cuadro que figura en la página 34 del informe pericial, el sobreprecio estimado fluctúa entre el -2,5% del año 1985 y el 65% del año 2008. Aplicados esos porcentajes al total de compras de sobres durante el periodo infractor (14.320.816,64 euros, sin IVA), el daño emergente asciende a 3.245.659,81 euros, que con la capitalización con los intereses legales se traduce en un daño emergente capitalizado de 8.156.971,56 euros, que es objeto de reclamación.

60. La Sentencia apelada descarta la aplicación de los sobreprecios estimados en el informe ALFA y, en línea con el criterio seguido por esta Sección en el primer bloque de Sentencias del cartel de los sobres (por todas, Sentencia de 10 de enero de 2020), opta por un porcentaje del 20% lineal durante toda la vida del cártel, criterio que estimamos acertado a la vista de la prueba practicada. En efecto, la crítica del informe D&P al método seguido en la pericial de la actora es, en términos generales, acertada. Aunque la toma en consideración de datos obtenidos del expediente ante la CNC puede ser un buen punto de partida, al final los precios de referencia considerados son muy escasos y, por ese mismo motivo, poco representativos. De hecho, un único dato real (el descuento ofertado por Cayfosa en 1994) sirve, por el método de la interpolación lineal, para calcular los sobreprecios de los nueve años anteriores (de 1985 al año 1993) y de los nueve años siguientes (hasta el 2003). No resulta adecuado recurrir a la interpolación lineal con un solo dato para un periodo de tiempo tan largo (de 18 años). También resulta poco fiable comparar los descuentos aplicados en las licitaciones de sobre de los años 2004, 2007, 2008 y 2009 con dos únicos datos del año 2011, cuando, según resulta del informe de D&P, de haber considerado las licitaciones de periodos posteriores (de 2012 a 2019) los sobreprecios serían menores.

61. Por ello resulta procedente, como señala la resolución recurrida, realizar nuestra propia estimación del sobreprecio, distinto del establecido en el informe pericial de la demanda, que queda fijado en el 20% lineal durante todo el periodo de duración del cártel (1985 a 2010). En nuestra Sentencia de 10 de enero de 2020, cuyo criterio es seguido por la sentencia de instancia, señalamos los siguientes elementos de juicio para llegar a ese porcentaje:

1º) Los sobreprecios superiores al 40% en el mercado de sobres electorales, aunque nos parecen excesivos constituyen una información relevante a considerar también en el mercado de sobres pre-impresos.

2º) La resolución de la CNC de constante referencia valora los efectos sobre la competencia en el ámbito de los sobres pre-impresos corporativos o de grandes clientes en el fundamento de derecho séptimo (página 294). A partir de la información proporcionada por algunos clientes objeto de reparto, la resolución constata la incidencia directa en el precio de los acuerdos en el seno del cártel: Mientras que en las licitaciones de la AEAT en los años 2006 a 2010 los descuentos realizados oscilaron entre el 2,9% y el 4,8%, la adjudicación a Tompla tras la finalización del cártel lo fue con un descuento del 35%. En cuanto a La Caixa, frente a los descuentos inapreciables (entre el 0% y el 2,5%) sobre el presupuesto máximo de licitación entre los años 2005 a 2011, la licitación con posterioridad a la finalización del cártel obtuvo descuentos entre el 8% en los sobres de utilización manual y del 21% en los sobres de marketing.

3º) El 20% de sobreprecio que entendemos ajustado se encuentra dentro de los sobreprecios estimados en el caso de La Caixa (entre el 8% y el 21%). Aunque la extrapolación de esos datos tiene sus inconvenientes, dado que se trata de un cliente muy particular, distinto del demandante y por cuanto los descuentos se han calculado con precios obtenidos en fechas muy próximas a la finalización del cártel, no dejan de ser datos objetivos obtenidos en una investigación dirigida por un organismo público imparcial que no han sido desacreditados por las demandadas.

4º) **Las manifestaciones de PACSA, una de las empresas cartelizadas, recogida en el acta de 10 de octubre de 1996 de la reunión de los cartelistas, en la que afirma que sus precios se han incrementado un 19,5% respecto al año anterior desde su incorporación al cártel (folios 3265 a 3268 del expediente sancionador).**

5º) **El documento interno de Tompla de 2001, relativo al grupo Hamelin, contempla el descenso medio de los sobres preimpresos en un 20% como consecuencia de la entrada de Envel en el mercado (folios 13991 a 13995 del expediente sancionador).**

6º) **El expediente ante la CNC refiere informes y actas que aluden a incrementos de precios de entre el 9% y el 15% o al mayor incremento en precios en modelos especiales de sobres respecto de los sobres estándar.**



7º) La resolución de la CNC incorpora como hecho probado el pacto alcanzado entre los cartelistas de imponer una sanción del 25% del importe de los pedidos en caso de incumplimiento de los acuerdos de precios o de adjudicación a una empresa distinta a la predeterminada (apartado 433).

8º) El porcentaje del 20% por el que hemos optado estaría en la franja media de los manejados en los trabajos doctrinales que analizan el impacto de los cárteles en los precios. El trabajo de CONNOR y LANDE -Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines", 2008, University of Baltimore Law-, que examina la evolución recurrente de los mercados cartelizados, con rangos frecuentes de sobrepuestos superiores al 30%. Ese mismo trabajo asume, entre sus citas, las aportaciones de POSNER (Antitrust Law, 2ª ed., 2001, pp. 303-304, conclusiones matizadas en el umbral que se dirá en su posterior Economic Analysis of Law, 9ª ed., 2014), que estima en un 25% los sobrepuestos aplicados en cárteles bien organizados. Otros autores, BOYER y KOTCHONI ("How Much Do Cartel Overcharges", CIRANO-Scientific Publication n. 2011s-35) acaban por concluir que el sobrepuesto medio en un mercado cartelizado puede estimarse en un umbral mínimo del 15'47-16'01%".

62. Esos elementos de juicio viene reforzados por otro, específico del mercado de sobres electorales, como es la oferta de Cayfosa (empresa no perteneciente al cártel) para las elecciones al Parlamento Europeo de 1994, que fue un 23,2% inferior al precio ofertado por la empresa del cártel (UNIPAPEL). Se trata de un sobrepuesto ligeramente superior al que hemos fijado de forma estimada.

63. TOMPLA alega en su recurso que la estimación lineal del 20% para todo el periodo de reclamación (1985 a 2010) supone una aplicación retroactiva y anticipada del artículo 76.2º de la Ley de Defensa de la Competencia, que entró en vigor el 27 de mayo de 2017 (disposición final quinta del RDL 9/2017), alegación que no podemos compartir. El recurso a criterios estimativos en la valoración del daño no se introduce en nuestro Ordenamiento Jurídico por primera vez en el año 2017, con la trasposición del artículo 17 de la Directiva de Daños, sino que viene siendo ampliamente aceptado en la práctica judicial y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

64. Por otro lado el recurso considera que la sentencia incurre en incongruencia ultra petita, infringiendo con ello los artículos 209.4º, 216 y 218.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil al reconocer un sobrepuesto mayor al solicitado por el PSOE en aquellos años en los que el sobrepuesto calculado por ALFA era inferior al 20% (en concreto, entre 1985 y 1992, años en los que el sobrepuesto estimado por ALFA oscila entre el -2,5% y el 17,4%). Pues bien, tampoco estimamos que la sentencia incurra en incongruencia por exceso o ultra petita, que sólo se daría si el total de lo reclamado excede del total reconocido en sentencia, lo que no es el caso. No estamos ante una reclamación integrada por distintos conceptos, sino ante una única pretensión de resarcimiento por sobrepuesto. El hecho de que se haya fijado un mismo porcentaje por proceso electoral es coherente y el principio de congruencia se preserva si el sobrepuesto estimado para todo el periodo de la infracción, que es única y continuada en el tiempo, no desborda el total de lo reclamado.

OCTAVO.- Capitalización compuesta del daño y condena al pago del interés legal. Bases para la determinación del perjuicio en ejecución de sentencia.

65. La sentencia apelada acoge la pretensión de la demandante de capitalizar el daño con el interés legal compuesto a la fecha de la interposición de la demanda. La recurrente considera que no procede la capitalización, pues con ello se incrementa artificialmente el daño reclamable, proporcionando un enriquecimiento injusto al PSOE. Así, mientras el daño emergente estimado asciende a 3.752.960 euros, la deuda capitalizada se incrementa con otros 4.404.012 euros de intereses compuestos. Según la demandada, la regla general, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha de ser la aplicación del interés legal, sin capitalizar. Sólo a partir de la reclamación judicial, de acuerdo con el artículo 1.109 del Código Civil, los intereses vencidos devengan el interés legal.

66. Como señala la Guía Práctica para cuantificar los daños y perjuicios por las infracciones de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cualquier persona perjudicada por una infracción tiene derecho a la reparación por ese perjuicio, reparación que significa devolver "a la parte perjudicada a la situación en que habría estado si no hubiera habido infracción". El apartado 20 de la Guía Práctica establece lo siguiente:

"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. Estos efectos son la depreciación monetaria y la oportunidad perdida para la parte perjudicada de tener

el capital a su disposición. 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."



67. El Tribunal Supremo admite la aplicación tanto del IPC como del interés legal como medio de actualización de una deuda valor por daños legalmente resarcibles, no tanto como medio de sancionar un retraso en el pago, que es lo que regula específicamente el Código Civil, sino por la consideración de la deuda indemnizatoria como una deuda valor (SSTS de 8 de junio de 2012 y 4 de marzo de 2015). En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:2258) dice al respecto lo siguiente:

<< Como dice la STS de 16 de diciembre de 2004 , no resulta dudoso que el art. 1108 CC se refiere a la indemnización de daños y perjuicios por mora en las deudas de suma, de modo que los intereses (convenidos, y a falta de convenio el legal), cuando no haya pacto en contrario, operan como índice de corrección legal de la depreciación monetaria en el sistema nominalista. En las deudas de valor, entre las que se encuentran las resarcitorias, en las que el dinero es la medida de valor de otras cosas o servicios respecto de las cuales funciona como equivalente o sustitutivo, la reintegración económica habrá de responder a la finalidad de restablecer la situación al tiempo del daño, por lo que la indemnización habrá de ajustarse en lo posible, como indica la doctrina científica, al poder adquisitivo del importe que va a recibir. Para lograr tal equilibrio, en orden a salvar el principio de indemnidad, en la práctica, y por la jurisprudencia, se siguen diversos criterios, y uno de ellos es el de establecer el incremento del IPC, pero nada obsta a que se pueda señalar el de los intereses legales (concepto no vinculable en exclusiva a moratorios), no porque sea de aplicación el art. 1108 CC , sino porque el abono de dicho incremento permite aproximar el resarcimiento a la total reintegración económica -equivalente o sustitutivo del daño causado-, sin dar lugar con ello a ninguna situación de enriquecimiento injusto.

Con esto, sólo resta comprobar cómo en el caso examinado, en efecto, los intereses se conceden por el tribunal de apelación no a título de intereses moratorios al amparo del art. 1108 CC , como supone la parte recurrente, sino en concepto de parte integrante de la indemnización principal entendida como deuda de valor necesitada de actualización, pues la sentencia expresa que "ha de tenerse en cuenta, como jurisprudencialmente así se viene reiterando, su concepto de deuda de valor, por lo que dicho importe ha de referirse al momento de ocurrencia del accidente, que es cuando realmente surgió el deber de indemnizar, por lo que a la misma habrá de sumarse el interés legal hasta la fecha de la sentencia dictada en primera instancia".

68. Dentro del amplio margen que reconoce al Tribunal Supremo y en coherencia con lo que dijimos en las primeras Sentencias sobre el cártel de los sobres, estimamos que en un cártel de duración tan extraordinaria, la forma más adecuada de restablecer la situación al tiempo de producirse la infracción y de alcanzar el resarcimiento íntegro es mediante la capitalización de la deuda conforme al interés legal. La capitalización es el remedio adecuado para compensar al perjudicado la oportunidad perdida por no poder disponer del capital. Por todo ello, debemos de desestimar en este punto el recurso.

69. Por otro lado, también estimamos procedente el pago de intereses legales de la cantidad que se determine en ejecución desde la interpelación judicial. Es cierto que la cantidad que finalmente se reconoce es sensiblemente inferior a la reclamada. Ahora bien, la postura tradicional del Tribunal Supremo, sustentada en la regla illiquidis non fit mora, que limitaba el pago de intereses a los devengados a partir de la sentencia, ha sido superada por la doctrina jurisprudencial más reciente. El pago de intereses legales desde la demanda no deja de ser un mecanismo adecuado para mitigar los efectos del transcurso del tiempo y de lograr el plano resarcimiento.

70. En definitiva y como conclusión, con estimación parcial del recurso, la demandada debe ser condenada al pago de la cantidad que se determine en ejecución de sentencia de acuerdo con las siguientes bases:

1º) El número de sobres adquiridos durante el periodo de infracción (1985 a 2010) y el precio unitario estimado por la adquisición (con el IVA correspondiente) será el indicado en la pericial de la demandante (documento seis), con exclusión de los procesos electorales reseñados en el fundamento quinto de esta resolución, en los que la adquisición de sobres ha sido subvencionada íntegramente o en su práctica totalidad por la subvención específica por envío de sobres electorales.

2º) El sobreprecio se calculará aplicando un 20% lineal a las compras estimadas de sobres en cada proceso electoral durante el periodo de infracción (1985 a 2010).

3º) La cantidad resultante para cada elección deberá capitalizarse a fecha de la interposición de la demanda con arreglo al interés legal.

4º) La cantidad que se determine en ejecución devengará el interés legal desde la interpelación judicial.

NOVENO.- Impugnación de la sentencia. Costas de primera instancia.

71. El PSOE impugna la sentencia por los siguientes motivos:



(i) Considera que el plazo de prescripción debe computarse desde la publicación del auto del Tribunal Supremo que inadmitió el recurso interpuesto por las demandadas. Se trata de una alegación que hemos acogido pero que no justificaba la impugnación de la sentencia, en la medida que no modificaba el sentido del fallo.

(ii) Estima improcedente la reducción del importe de la reclamación, pretensión a la que hemos dado respuesta en los fundamentos anteriores, rechazándola.

(iii) Por último, la actora alega que deben imponerse a la parte demandada las costas de primera instancia, pretensión que tampoco puede ser acogida, como tampoco lo hicimos en nuestras primera Sentencias sobre el cártel de los sobres. La demanda se estima en parte, por lo que resulta aplicable el artículo 394.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tratándose de una acción follow on, la pretensión declarativa sobre la existencia de la infracción queda al margen, a estos efectos. Por tanto, analizada la reclamación de daños, única pretensión ejercitada, no cabe hablar de ningún modo de una estimación sustancial o de un "vencedor objetivo", como se aduce en la impugnación.

72. Por todo ello, desestimamos la impugnación.

DECIMO.- Costas procesales del recurso y de la impugnación.

73. Al estimarse en parte el recurso, no se imponen las costas de esta alzada (artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Tampoco estimamos procedente imponer a la actora las costas de la impugnación, que se desestima, pues al menos en parte, en la alegación relativa a la prescripción, se han acogido los argumentos de la impugnante.

FALLAMOS

Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de PRINTEOS CARTERA INDUSTRIAL S.L., TOMPLA INDUSTRIA INTERNACIONAL DEL SOBRE S.L., PRINTEOS S.A., y MAESPA MANIPULADOS, S.L. y desestimar la impugnación formulada por el Partido Socialista Obrero Español contra la sentencia de 25 de marzo de 2021, que revocamos en parte. En su lugar, estimamos en parte la demanda interpuesta por el PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL contra PRINTEOS CARTERA INDUSTRIAL S.L., TOMPLA INDUSTRIA INTERNACIONAL DEL SOBRE S.L., PRINTEOS S.A., y MAESPA MANIPULADOS, S.L., condenando a la parte demandada a que solidariamente pague a la demandante la cantidad que se determine en ejecución de sentencia de acuerdo con las bases reseñadas en el fundamento octavo de esta resolución. Sin imposición de las costas en ambas instancias y con devolución del depósito.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos al Juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

42