



Roj: **SJM V 187/2019** - ECLI: **ES:JMV:2019:187**

Id Cendoj: **46250470032019100003**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Valencia**

Sección: **3**

Fecha: **13/03/2019**

Nº de Recurso: **309/2018**

Nº de Resolución:

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

Ponente: **EDUARDO PASTOR MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJM V 187/2019**,
AAJM V 26/2019

Juzgado Mercantil núm. 3 de Valencia

Juicio ordinario 309/18

Resumen:

Aplicación privada derecho de la competencia. **Cártel** de **camiones**. Régimen aplicable. Principio de interpretación conforme del derecho comunitario. Vinculación de lo resuelto por la autoridad de competencia. Valoración de dictámenes periciales. Passing on defense.

SENTENCIA núm. /2019

En Valencia, a 13 de marzo de 2019.

Eduardo Pastor Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La representación procesal de Llácer y Navarro S.L. ("Llácer") formuló demanda de juicio ordinario contra AB Volvo ("Volvo") y Renault Trucks SAS ("Renault") en fecha de 3/4/18. Tras la alegación de los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente ofrecer, concluyó suplicando:

"(...) declare:

- 1.- *Sentencia por la que se declare responsable de los daños y perjuicios producidos, condenándole a pagar a mi mandante en concepto de daños y perjuicios la cantidad de UN MILLÓN DOSCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL CIENTO QUINCE EUROS CON TREINTA Y CINCO CÉNTIMOS (1.298.115'35 euros) correspondiente al importe pagado en exceso por la compra del vehículo **camión**, más los intereses que debidamente correspondan*
- 2.- *La condena al pago de los intereses procesales desde la interposición de la presente demanda hasta el completo pago de lo declarado en Sentencia.*
- 3.- *Todo ello con expresa imposición de las costas a la parte demandada".*

Las alegaciones de la parte actora, en cuanto relevantes para la delimitación del objeto del proceso, pueden resumirse así:

- 1.- Llácer tiene como objeto social la explotación directa de los transportes terrestres de mercancías con vehículos **camiones** y, durante el período comprendido entre los años 1997 a 2011, adquirió ciento ocho vehículos marca Renault (bloque documental núm. 2 actor).

2.- Las demandadas se coordinaron con otras compañías europeas fabricantes de **camiones**, entre 1997 y 2011, para establecer precios de venta y retrasar la introducción en el mercado de nuevas tecnologías, como infracción anticompetitiva apreciada por la Comisión Europea ("la Comisión") en fecha de 19/7/16. ("la Decisión"). La infracción consistió en la fijación e incremento de los precios brutos de los **camiones** y la repercusión de los costes para la introducción de las nuevas tecnologías de control de emisiones contaminantes.

3.- Esa conducta afectó a los **camiones** adquiridos por Llácer, que reclama los daños y perjuicios sufridos en forma de sobreprecio en su adquisición, tal y como se cuantifican en el dictamen pericial que acompaña a la demanda (doc. 8 actor).

Segundo.- Renault y Volvo contestaron a la demanda conjuntamente en fecha de 31/10/18 (tomo III) y solicitaron su desestimación con imposición de costas la parte actora.

Las alegaciones de las demandadas, en cuanto relevantes para la delimitación del objeto del proceso, pueden resumirse así:

1.- Llácer carece de legitimación activa *ad procesum*, por encontrarse en concurso de acreedores y haberse acordado la apertura de la fase de liquidación en fecha de 16/5/18, tras la imposibilidad de cumplimiento del convenio en su día aprobado comunicada por Llácer en fecha de 30/4/19 (doc. 12 contestación). Desde entonces, Llácer no ha aportado autorización o muestra de conformidad de la administración concursal con el proceso.

2.- Llácer ejercita una acción *follow on* al amparo de lo dispuesto en el art. 1902 CC y, por ello, tiene la carga procesal de acreditar que ha sido afectado por la conducta sancionada por la Comisión, la existencia e importe de los daños y la relación de causalidad entre dicho daño y los hechos fijados por la Decisión. La Directiva 2014/104 ("la Directiva") no resulta aplicable para la solución del caso.

3.- La Comisión no ha analizado la existencia de efectos anticompetitivos en el mercado afectado por la infracción sancionada. La conducta sancionada consistió en un intercambio de información sobre precios brutos. Por su naturaleza y contexto del mercado, esa conducta no es susceptible de causar daños en forma de sobreprecio (pp. 11-14).

4.- Las demandadas no participaron en los actos de venta de los **camiones** a los que se refiere la demanda. A su vez, dos de los **camiones** adquiridos, matrículasGYX yNYN, fueron objeto de contrato de arrendamiento financiero, de manera que los eventuales daños sufridos por Llácer serían de especie indirecta (p. 9 escrito de contestación). Por todo ello, los daños eventualmente sufridos por Llácer serían indirectos.

5.- La actora debe acreditar que la conducta sancionada tuvo influencia en los precios negociados en España para la adquisición de los **camiones**. En efecto, Llácer se benefició de la aplicación de descuentos (pp. 7-8 escrito de contestación). Llácer es una importante empresa de transporte nacional e internacional, siendo un cliente de referencia en el sector, con una gran capacidad de negociación (pp. 8-9).

6.- El informe pericial de la parte actora emplea un método de cálculo inadecuado (pp. 20-22 escrito de contestación, pericial obrante en el tomo IV). En cualquier caso, la evolución de los precios netos en el mercado durante el lapso de duración de la infracción evidencia la ausencia de daño en forma de sobreprecio.

7.- En el caso de que se hubiera producido un daño, Llácer habría trasladado ese daño a sus propios clientes incrementado sus costes (pp. 23-24). Llácer procedió a la reventa de la totalidad de los **camiones** enumerados en la demanda (bloque documental núm. 3 demanda y ampliación documental en fecha de 5/11/18). Del mismo modo, Llácer ha estado en disposición de obtener ventajas fiscales por los gastos de adquisición de los **camiones**, de manera que un eventual sobrecoste debería ser reducido en el importe de las posibles deducciones obtenidas por tal motivo para evitar un enriquecimiento injusto (p. 10).

8.- Respecto el cálculo de intereses, resulta aplicable al caso la regla *in iliquidis non fit mora* (pp. 24-25).

Tercero.- Las partes fueron convocadas para la celebración de audiencia previa, que tuvo lugar el día 4/12/18. Llegado el día previsto y con asistencia de todas las partes, fueron agotadas las finalidades del acto. Di por subsanada la eventual falta de capacidad procesal de la actora tras la reapertura de su proceso concursal, habiendo recibido Llácer autorización para la interposición de nuevas acciones idénticas a la presente (doc. 10 actor, audiencia previa). Aplacé la provisión de la petición probatoria contenida en el otrosi tercero del escrito de contestación a la demanda (*passing on defense*) que fue resuelta de manera parcialmente estimatoria mediante Auto de 17/12/18. Acepté como medios de prueba el interrogatorio del legal representante de Llácer en la persona del Sr. Mariano y de los testigos Sres. Mateo y Maximiliano, así como la crítica oral de los dictámenes periciales propuestos por ambas partes. Se señaló la celebración de vista principal para el día 7/2/19.



Cuarto.- Llegado el día de la vista principal, se practicó la reproducción de la prueba documental, el interrogatorio del Sr. Mariano y del Sr. Maximiliano (empleado de las demandadas responsable de la cuenta de cliente de Mariano), renunciando la proponente al interrogatorio del Sr. Mateo . Igualmente se practicó la crítica oral de los dictámenes aportados por la parte actora (Sr. Ricardo) y demandada (KPMG-Sr. Rodrigo). Después, quedaron los autos vistos para resolver.

HECHOS PROBADOS

La valoración de las alegaciones de las partes y de su esfuerzo probatorio permite establecer, como acreditados en la instancia y relevantes para la solución del caso, la siguiente relación de hechos probados:

1.- Mediante Decisión de 19 de julio de 2016, la Comisión Europea constató y sancionó la siguiente conducta anticompetitiva (solo la versión inglesa es auténtica):

"(...) HAS ADOPTED THIS DECISION:

Article 1

By colluding on pricing and gross price increases in the EEA for medium and heavy trucks; and the timing and the passing on of costs for the introduction of emission technologies for medium and heavy trucks required by EURO 3 to 6 standards, the following undertakings infringed Article 101 TFEU and Article 53 of the EEA Agreement during the periods indicated:

(a) MAN SE, from 17 January 1997 until 20 September 2010; MAN Truck & Bus AG, from 17 January 1997 until 20 September 2010; MAN Truck & Bus Deutschland GmbH, from 3 May 2004 until 20 September 2010

(b) AB Volvo (publ), from 17 January 1997 until 18 January 2011; Volvo Lastvagnar AB, from 17 January 1997 until 18 January 2011; Volvo Group Trucks Central Europe GmbH, from 20 January 2004 until 18 January 2011; Renault Trucks SAS, from 17 January 1997 until 18 January 2011

(c) Daimler AG, from 17 January 1997 until 18 January 2011

(d) Fiat Chrysler Automobiles N.V., from 17 January 1997 until 31 December 2010; CNH Industrial N.V., from 1 January 2011 until 18 January 2011; Iveco S.p.A., from 17 January 1997 until 18 January 2011; Iveco Magirus AG, from 26 June 2001 until 18 January 2011;

(e) PACCAR Inc., from 17 January 1997 until 18 January 2011; DAF Trucks N.V., from 17 January 1997 until 18 January 2011; DAF Trucks Deutschland GmbH, from 20 January 2004 until 18 January 2011

Article 2

For the infringement referred to in Article 1, the following fines are imposed:

(a) EUR 0 jointly and severally on MAN SE, MAN Truck & Bus AG and MAN Truck & Bus Deutschland GmbH

(b) EUR 670 448 000 jointly and severally on AB Volvo (publ), Volvo Lastvagnar AB and Renault Trucks SAS of which, Volvo Group Trucks Central Europe GmbH is held jointly and severally responsible for the amount of EUR 468 855 017.

(c) EUR 1 008 766 000 on Daimler AG.

(d) EUR 494 606 000 on Iveco S.p.A., of which:

(1) Fiat Chrysler Automobiles N.V. is held jointly and severally responsible for the amount of EUR 156 746 105,

(2) Fiat Chrysler Automobiles N.V. and Iveco Magirus AG are held jointly and severally responsible for the amount of EUR 336 119 346 and

(3) CNH Industrial N.V. and Iveco Magirus AG are held jointly and severally responsible for the amount of EUR 1 740 549.

(e) EUR 752 679 000 jointly and severally on PACCAR Inc. and DAF Trucks N.V. of which DAF Trucks Deutschland GmbH is held jointly and severally responsible for the amount of EUR 376 118 773.

(...)

Article 3

The undertakings listed in Article 1 shall immediately bring to an end the infringements referred to in that Article insofar as they have not already done so.



They shall refrain from repeating any act or conduct described in Article 1, and from any act or conduct having the same or similar object or effect.

Article 4

This Decision is addressed to:

MAN SE, Ungererstraße 69, 80805 München, Germany

MAN Truck & Bus AG, Dachauer Str. 667, 80995 München, Germany

MAN Truck & Bus Deutschland GmbH, Oskar-Schlemmer-Straße 19-21, 80807 München, Germany

AB Volvo (publ), 405 08 Göteborg, Sweden

Volvo Lastvagnar AB, 405 08 Göteborg, Sweden

Volvo Group Trucks Central Europe GmbH, Oskar-Messter-Str. 20, 85737 Ismaning, Germany

Renault Trucks SAS, 99, Route de Lyon, 69806 Saint-Priest Cedex, France

Daimler AG, Mercedesstrasse 137, 70327 Stuttgart, Germany

Fiat Chrysler Automobiles N.V., Fiat House, 25 St James's Street, London, SW1A1HA, United Kingdom

CNH Industrial N.V., 25 St James's Street, London, SW1A 1HA, United Kingdom

Iveco S.p.A., Via Puglia 35, 10156 Torino, Italy

Iveco Magirus AG, Nicolaus-Otto-Straße 27, 89079 Ulm, Germany

PACCAR Inc., PACCAR Building, 777-106th Avenue N.E, Bellevue, US-Washington 98004, USA

DAF Trucks N.V., Hugo van der Goeslaan 1, 5643 TW Eindhoven, The Netherlands

DAF Trucks Deutschland GmbH, DAF-Allee 1, 50226 Frechen, Germany".

(hecho notorio y no controvertido, doc. 1 contestación a la demanda)

2.- El día 19/7/16 la Comisión Europea hizo pública una nota de prensa en la que se anunció la imposición de una multa a los fabricantes europeos de **camiones** por haber incurrido en la práctica cartelizada descrita. La versión no confidencial de la Decisión se publicó en fecha de 6/4/17.

(hechos notorios y no controvertidos, doc. 6 actor)

3.- Llácer y Navarro S.L. adquirió en el período 1997-2011 ciento ocho vehículos marca Renault, que se relacionan e identifican en el escrito de demanda y por el precio que igualmente allí se refiere.

(bloque documental 2 actor, anexos informe pericial KPMG)

4.- Llácer y Navarro S.L. sufrió daños por importe del 5% del precio de los **camiones** adquiridos, sin considerar los impuestos abonados por tal concepto.

*(presunción dada en ejercicio de las facultades judiciales de estimación del daño causado por infracciones de **cártel**)*

5.- Llácer y Navarro S.L. procedió a la reventa de la totalidad de los **camiones** señalados, en la forma y condiciones que se desprenden del bloque documental aportado al efecto. Los **camiones** fueron adquiridos por las mercantiles Scania Hispania S.A. y Renault Trucks España S.L.

(doc. 3 contestación a la demanda; bloque documental presentado por el actor a raíz del pronunciamiento de Auto de 17/12/18-Tomo V)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Estimación parcial de la demanda.

1.- Voy a estimar parcialmente la demanda formulada por Llácer, para reconocer su derecho a obtener una indemnización consistente en el 5% del precio de adquisición de los ciento ocho vehículos que se relacionan en el escrito de demanda, más intereses de demora liquidados desde la fecha de interposición de la demanda, según *petitum* del actor.

2.- Alcanzaré ese resultado para la instancia, fundamentalmente, a través de la interpretación del régimen aplicable al caso conforme al contenido del art. 17. 1 de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y



del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea ("Directiva de daños"), que reconoce la capacidad de los jueces de competencia para estimar la cuantificación de los daños en supuestos de dificultad probatoria.

3.- Para alcanzar ese resultado de la instancia abordaré, en los fundamentos siguientes y de acuerdo con el tratamiento sistemático que ahora diré, estas cuestiones:

(i) Determinaré el régimen aplicable a la acción que ejercita la actora: la cláusula general de responsabilidad extracontractual en el art. 1902 CC, en su interpretación conforme con la Directiva de Daños.

(ii) Reconoceré la legitimación pasiva de las demandadas para responder solidariamente del perjuicio eventualmente sufrido por la actora.

(iii) Interpretaré el contenido de esa Decisión y, para enfatizar lo que eso significa en el proceso, resolveré que la adquisición de los **camiones** por Llácer estuvo afectada por una práctica cartelizada para la fijación de precios, de modo que, con una interpretación de la regla *ex re ipsa* matizada por la interpretación conforme de esa regla con la Directiva de daños, cabe afirmar que la parte actora sufrió daños a resultas de esa conducta imputable a las demandadas.

(iv) Analizaré los dictámenes periciales traídos a las actuaciones para reconocer en el caso dificultades para la cuantificación de los daños sufridos. Determinaré que la parte demandada ha generado esas dificultades para la cuantificación de los daños sufridos y apreciaré que el actor no se encuentra en situación de superar esas dificultades.

(v) Haré uso de aquellas facultades de estimación judicial del importe de los daños sufridos por Llácer, excluyendo la posibilidad de computar separada y redundantemente los daños sufridos por incremento de precios de venta y repercusión de costes de introducción de nuevas tecnologías, atendiendo a los análisis de base empírica difundidos por la Comisión y fijando un porcentaje de estimación del daño con arreglo a los márgenes de error que la Comisión ha considerado igualmente soportables, todo en los textos que ya ha dado para guiar la labor de los jueces de competencia en la aplicación privada de este derecho. Por fin, no consideraré aplicable la regla *in iliquidis non fit mora*.

(vi) Por último, excluiré del caso la *passing on defense*, por no apreciar la existencia de compradores indirectos en las concretas operaciones de reventa de los **camiones** adquiridos por Llácer, ni resultar acreditada la transmisión a esos terceros que no reconozco como tales del daño sufrido por esa parte actora.

Segundo.- Régimen aplicable a la solución del caso.

4.- El escrito de demanda expresa la aplicabilidad al caso de los arts. 101 TFUE, 1902 y 1108 CC, así como de la Directiva de daños. La contestación a la demanda identifica igualmente como aplicable al caso la regla general de responsabilidad extracontractual en el art. 1902 CC, para abundar después largamente en el contraste de los presupuestos de responsabilidad de ese régimen con los hitos relevantes para la solución del caso. Sin embargo, enfatiza que la Directiva de daños no resulta aplicable para alcanzar esa solución. Existe, a su razón, un consenso entre ambas partes sobre la aplicabilidad al caso del art. 1902 CC. Pero debe determinarse si la Directiva de daños resulta aplicable a la solución del caso y en qué forma.

5.- ¿Cuál es la acción que ejercita la actora y cuál es el régimen que le resulta aplicable? El régimen de responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC, como articulación procesal del régimen sustantivo que prevé el art. 101 TFUE, es el aplicable para la solución del caso. Pero, de acuerdo con las circunstancias que diré, ya no se trata de un régimen autosuficiente. Por el contrario, ese régimen queda sujeto a una interpretación conforme a la Directiva de daños.

6.- Hasta la promulgación del RD-Ley 9/2017, de 26 de mayo de 2017, de transposición de la Directiva de daños, nuestra LDC carecía de una disciplina típicamente procesal para regular la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia. Eso determinaba, para el ejercicio de acciones basadas en la aplicación privada del régimen de defensa de la competencia tras infracciones constatadas por una autoridad de competencia, el recurso directo a la disciplina extracontractual del CC, matizado por las reglas jurisprudenciales nacionales y comunitarias que ya habían reconocido, como principio general, el derecho a obtener una compensación por el perjudicado por una infracción anticompetitiva. En efecto, en el caso de la indemnización de los daños derivados de prácticas anticompetitivas, la jurisprudencia comunitaria había tenido la oportunidad de examinar la aplicabilidad de ese mismo principio de forma muy anterior a la irrupción de la Directiva de daño (Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Pleno, de 20 de septiembre de 2001, caso Courage, asunto C-453/99, y de la Sala Tercera, de 13 de julio de 2006, caso Manfredi, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04). También el Tribunal Supremo había tenido



oportunidad de aplicar la regla de indemnidad propia del régimen de responsabilidad extracontractual a la aplicación privada del derecho de la competencia (regla consolidada en todas las facetas posibles de responsabilidad extracontractual, con exclusión de las sometidas a legislación especial e inclusión de espacios de yuxtaposición de responsabilidad contractual, STS, 1ª, núm. 1047/2003, de 11 de noviembre, sobre el derrumbe de un edificio; STS, 1ª, núm. 1385/2007, de 20 de diciembre, sobre un accidente acaecido durante un festejo; STS, 1ª, 22 de abril de 2013, sobre responsabilidad profesional del abogado y, para la aplicación privada del derecho de la competencia, STS, 1ª, núm. 651/2013, de 7 de noviembre, Ponente Rafael Saraza Jimena, "Sentencia del **cártel** del azúcar").

7.- En la aplicación privada del derecho de la competencia con invocación de la regla general de responsabilidad extracontractual, por la especificidad de su aplicación al tratarse de la sola regla procesal para desarrollar el régimen de responsabilidad previsto los arts. 101 TFUE o 1 LDC, se diluían algunos de los elementos propios de ese régimen general. En efecto, la prueba de la acción ilícita y del nexo causal con el daño eventualmente sufrido eran facilitadas por la constatación administrativa de una conducta infractora del derecho de la competencia y por la existencia de un vínculo contractual, directo o indirecto, entre el perjudicado y el infractor. El tercero de los elementos, el daño, podía descomponerse en dos subelementos, constatación y cuantificación. El primero de ellos, la realidad del daño, venía facilitado por la vigencia de la regla *ex re ipsa*, ya reconocida como aplicable en todos los campos de la responsabilidad civil (STS, 1ª, de 10 de septiembre de 2014, sobre incumplimiento contractual; STS, 1ª, de 24 de octubre de 2012, como consecuencia de la infracción de un derecho de propiedad industrial; STS, 1ª, de 8 de abril de 2014, sobre competencia desleal). Es decir, se estimaba correcta la presunción de la existencia del daño cuando el actor imputaba la comisión de un ilícito del que, normalmente, se desprendían daños de la clase que igualmente describía en su demanda. El segundo de ellos, la cuantificación del daño sufrido, resultaba igualmente facilitado por las condiciones particulares de aplicación de este derecho señaladas por la interpretación jurisprudencial, que reconocía como esfuerzo de cuantificación suficiente la recreación de un escenario hipotético pero razonable de estimación de los daños sufridos (de nuevo en la Sentencia del **cártel** del azúcar).

8.- De vuelta a la legislación vigente, la regla de transitoriedad dada por la DT 1ª del citado RD-Ley excluye la aplicación retroactiva de las previsiones de su art. 3, que es el que ha reformado la LDC en materia de compensación por daños. Esa regla guarda coherencia con la DF 5ª sobre entrada en vigor de la norma.

9.- Pero es más trascendente centrar la atención en el análisis de la Directiva de daños, no en su regla de transposición nacional. El tratamiento comunitario que la Directiva de daños hace de ese régimen transitorio se ofrece en sus arts. 21 a 23. En síntesis, se dispuso la obligatoriedad de transposición a la conclusión del año 2016, se excluyó la aplicación retroactiva de las disposiciones sustantivas a las acciones ejercitadas antes del día 26/12/14 y se previó su entrada en vigor en la forma ordinaria, a partir de esa fecha. En las conclusiones de la Abogada General Kokott, Cogeco, C-637/17, de 17 de enero de 2019:

"60. El ámbito de aplicación temporal de la Directiva 2014/104 está limitado con alcance general por su artículo 22 en el sentido de que, en su transposición, las normas sustantivas no se deben aplicar con efecto retroactivo (véase en ese sentido el artículo 22, apartado 1, de la Directiva). Todas las demás disposiciones nacionales de aplicación de la Directiva, es decir, las normas de procedimiento, sí son aplicables a situaciones anteriores a la entrada en vigor de la Directiva, pero solo en el contexto de acciones que, a su vez, hayan sido ejercitadas después de la entrada en vigor de la Directiva.

(...)

64. Por lo tanto, del artículo 22, apartado 1, de la Directiva 2014/104 se deduce que ni el artículo 9 ni en el artículo 10 de la misma pueden aplicarse a una demanda como la pendiente en el litigio principal, que, si bien fue presentada después de la entrada en vigor de la Directiva, se refiere, sin embargo, a hechos anteriores a la adopción y la entrada en vigor de la misma. Por otra parte, el artículo 22, apartado 2, de la Directiva 2014/104 no se opone, en cualquier caso, a una disposición sobre la aplicación temporal de las normas de transposición según la cual las normas de procedimiento de la ley en cuestión no sean aplicables a las acciones legales emprendidas antes de su entrada en vigor".

10.- Los principios básicos del derecho comunitario son los de primacía y efecto directo. Por su primacía, el derecho comunitario tiene un valor superior a los derechos nacionales de los Estados miembros (STJCE, 15 de julio de 1964, Costa v. Enel). Por su eficacia directa, el derecho comunitario ve garantizada su aplicabilidad y eficacia en todos los Estados miembros (STJCE, 5 de febrero de 1963, Van Gend en Loos). Sin embargo, este último principio está sujeto a algunas condiciones particulares que permiten distinguir un efecto completo, u otro parcial, según se permita su invocación en las relaciones verticales (particular vs. Estado miembro) u horizontales (también entre particulares). La Directiva es una norma dirigida a los Estados miembros y por eso



el efecto directo solo puede ser invocado con carácter vertical y, por ello, parcial (STJCE, 5 de abril de 1979, Ratti). Retomaré más tarde el desarrollo jurisprudencial de estos principios.

11.- Junto a estos principios básicos del derecho comunitario se encuentra el "principio de interpretación conforme", en virtud del cual la aplicación e interpretación del derecho nacional debe disponerse de manera en que coadyuve a la consecución de los objetivos que pueda perseguir la legislación comunitaria. Así en la STJUE, de 8 de octubre de 1987, AS.80/86 Kolpinguis Nijmegen BV, cuando afirma que:

"(...) al aplicar su legislación nacional el órgano jurisdiccional de un Estado miembro está obligado a interpretarla a la luz del texto y del fin de la directiva para conseguir el resultado contemplado por el párrafo 3 del art. 189 del Tratado. Este problema no se plantea de distinta manera en función de que el plazo de adaptación haya expirado o no. Procede por tanto responder a la cuarta cuestión prejudicial que las soluciones apuntadas en las respuestas anteriores no serían distintas si el plazo concedido al Estado miembro para adecuar su legislación no hubiese expirado en la fecha correspondiente".

También en la STJUE, de 4 julio de 2006, asunto Konstantinos Adeneler (C-212/04):

"(...) Los tribunales nacionales deben interpretar todo el ordenamiento jurídico nacional, desde el mismo momento de la entrada en vigor de una directiva, teniendo en cuenta el tenor literal y la finalidad de esa directiva, de manera tan amplia que permita llegar a un resultado compatible con el objetivo perseguido por ésta".

12.- El principio de interpretación conforme no resulta aplicable en aquellos supuestos que se ubiquen fuera del ámbito de aplicación temporal de la norma comunitaria de que se trate (SSJM núm. 3 de Barcelona, de 6 de junio, 5 y 10 de septiembre de 2018, **cártel** de los sobres, en ejercicio de acciones *follow on* por infracciones anticompetitivas sancionadas antes de la entrada en vigor de la Directiva y en las citadas Conclusiones de la Abogada General Kokott, p. 100: "No obstante, el principio de interpretación conforme únicamente rige en el ámbito de aplicación de la disposición del Derecho de la Unión de que se trate. En particular, en lo que se refiere a la Directiva 2014/104, esto significa que, en el presente caso, no existe obligación alguna de interpretación conforme con dicha norma, dado que los hechos del litigio principal, como se ha señalado anteriormente, están fuera del ámbito de aplicación temporal de dicha Directiva, tal y como lo define su artículo 22").

13.- Ahora recapitularé algunos hitos importantes del caso:

(i) La Directiva de daños entró en vigor a los veinte días de su publicación en el DOUE, lo que se produjo el día 5/12/14.

(ii) España incumplió el plazo de transposición de la Directiva.

(iii) La Comisión adoptó su decisión en fecha de 19/7/16 y publicó su versión no confidencial en fecha de 6/4/17.

(iv) España cumplió de manera tardía con el deber de transposición mediante la promulgación del citado RD-Ley, el 26/5/17.

(v) La actora ejercitó su acción el día 3/4/18.

14.- Aquí, el elemento temporal para la determinación del régimen jurídico aplicable es el de la fecha de la Decisión sancionadora, en julio de 2016, aunque también cabe señalar que a efectos de cómputo del plazo de prescripción la acción "nació" a la fecha de publicación de la versión no confidencial de la Decisión, en abril de 2017. La prohibición de aplicación retroactiva del régimen sustantivo de la Directiva no se refiere a los "hechos infractores cometidos antes de su entrada en vigor", sino a las "sanciones impuestas antes de su entrada en vigor" y a las "acciones *follow on* ejercitadas antes de su entrada en vigor". En efecto, el art. 22 de la Directiva de daños se refiere a las "acciones por daños", no al concreto marco temporal en el que arraigó la conducta infractora de que se trate, es decir, la fecha en la que se desarrollaron los hechos sancionados.

15.- De este modo, en el caso la Decisión de la Comisión acaeció tras la entrada en vigor de la Directiva de daños y antes de la expiración de su plazo de transposición. A su vez, la publicación de la Decisión y el nacimiento de la acción privada se produjo tras la expiración del plazo de transposición y antes de la transposición nacional de la Directiva. La Directiva de daños y la reforma de la LDC no resultan directamente aplicables al caso, pues la norma nacional de transposición no estaba vigente cuando la Comisión sancionó la conducta y publicó su Decisión, de manera que no puede invocarse el principio de efecto directo para salvar esas circunstancias. Pero la Decisión de la Comisión fue adoptada y publicada cuando la Directiva de daños ya se encontraba en vigor. Donde hay vigencia sí puede haber principio de interpretación conforme. Incluso sería dudoso que al caso no resultara directamente aplicable la Directiva de daños toda vez que, en realidad, la Directiva regula relaciones de carácter horizontal. Pero la solución del caso no necesita avanzar en ese

argumento. Esta visión es compatible con las mismas conclusiones de la Abogada General Kokott en el asunto citado, cuando refiere que:

"(...)

66. *Por lo que se refiere al artículo 102 TFUE, es jurisprudencia reiterada que la prohibición de abuso de posición dominante consagrada en dicha disposición de Derecho primario produce efecto directo en las relaciones entre particulares y crea derechos en favor de los justiciables que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar.*

(...)

68. *Es cierto que las directivas pueden tener perfectamente efecto directo cuando, como ha acabado ocurriendo en el presente caso, el plazo para su transposición ha vencido y, además, las disposiciones de la directiva en cuestión son, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y lo suficientemente precisas. (35) No obstante, el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que una directiva no puede, por sí sola, imponer obligaciones a un particular y no puede, por lo tanto, ser invocada como tal contra dicha persona".*

16.- De este modo, no es necesario aquí entrar en la revisión de las bases para la aplicación del principio de efecto directo con exclusión de su eficacia horizontal (entre las citas de la Abogada Kokkot en sus conclusiones, SSTJCE, 19 de enero de 1982, Becker; 26 de febrero de 1986, Marshall; 14 de junio de 1994, Faccini Dori; SSTJUE 24 de enero de 2012, Domínguez; 25 de julio de 2018, Alheto; 7 de agosto de 2018, Smith), porque el principio de interpretación conforme es también un remedio para paliar las consecuencias negativas que para los particulares supone la imposibilidad de invocar el efecto directo de la Directiva en las relaciones horizontales, pese a su transposición tardía en nuestro país. Lo fundamental es que a través del principio de interpretación conforme no se burlen las reglas de irretroactividad sustantiva de la Directiva. Pero, en nuestro caso, la Decisión de la Comisión se produjo tras su entrada en vigor y la publicación de la Decisión tras la expiración del plazo de transposición, de manera que la interpretación conforme no lesiona la regla de irretroactividad de la Directiva.

17.- De todo ello resulta que el régimen aplicable al caso es el del art. 1902 CC, pero en su interpretación conforme con las disposiciones sustantivas de la Directiva de daños, considerado según las aportaciones de la jurisprudencia comunitaria y nacional a propósito de la aplicación privada del derecho de la competencia, en cuanto no resulten incompatibles con esa interpretación conforme, lo que no sucede en ningún caso, dada la homogeneidad de la regulación sobre la cuestión antes y después de la irrupción de la Directiva.

18.- Para la solución del caso, esa interpretación conforme incidirá sobre la tarea de imputación objetiva de la conducta sancionada por la Decisión. A su vez, informará los criterios de valoración probatoria y actualizará la regla *ex re ipsa*, para reconocer la posibilidad de estimación judicial de los daños derivados de una conducta anticompetitiva en un escenario de dificultad probatoria. Por fin, será igualmente relevante para la enumeración de conceptos indemnizatorios. En definitiva, el principio de interpretación conforme debe guiar la aplicación de la regla general del art. 1902 CC en todos los espacios relevantes para dar en la respuesta de la instancia.

Tercero.- Responsabilidad solidaria de Renault y Volvo.

19.- La parte actora, que adquirió vehículos Renault a través de Renault Trucks España S.L. y el concesionario autorizado Montorto S.L. (bloque documental 2 demanda), dirige su pretensión de condena contra Renault y Volvo, aludiendo después a su vinculación empresarial (doc. 11 audiencia previa, también un hecho notorio). Es irrelevante, por sí solo, tomar conocimiento de que dos de los ciento ocho **camiones** a los que se refiere la demanda fueron objeto de financiación a través de una sociedad no vinculada a la demandada. Las demandadas proponen, por esa circunstancia y respecto de esos **camiones**, que eso haría de los daños sufridos por la actora unos de carácter indirecto. Tal vez sea así, pero es no perjudicaría su derecho a obtener compensación en la interpretación conforme del régimen aplicable con las presunciones del art. 14.2 de la Directiva (*passing-on* espada), mientras las demandadas no acreditasen que el daño eventualmente sufrido por el arrendador financiero no fue trasladado a la parte actora y arrendataria. Las demandadas no acreditan eso, que tampoco se desprende a modo presuntivo de ningún elemento probatorio relevante para la solución del caso.

20.- A su vez, las demandadas, sin invocar nominalmente su falta de legitimación pasiva, aluden a la inexistencia del derecho de Llácer a obtener compensación, por no haber intervenido ninguna de ellas de manera nominal en la perfección de las sucesivas operaciones de venta, que se trabaron a través de la filial española de Renault y ese citado concesionario oficial. Sin embargo, no opone ninguna otra resistencia frente a la imputación solidaria de responsabilidad, pese a que la actora solo adquirió vehículos marca Renault a través de los canales de distribución vinculados a Renault (su filial española o sus concesionarios autorizados en España). Es decir, se trataría de una responsabilidad de posible individualización en el "ámbito mercantil y



comercial Renault". Pero las demandadas no censuran la nota de solidaridad con la que la parte actora trata la imputabilidad del daño.

21.- Respecto de esa suerte de eventual inexistencia del derecho a obtener compensación en la forma descrita, que enlaza con otras aristas de la defensa de fondo que plantean las demandadas, aludiré a su implicación conjunta en la determinación de las condiciones de venta a los destinatarios finales de los productos afectados por las prácticas sancionadas en el fundamento dedicado a la interpretación de la Decisión y a la valoración de los dictámenes periciales. Se trata de enfatizar que la Decisión apreció la existencia de una práctica distorsionadora de la libre competencia en la unidad del mercado comunitario de venta de **camiones**, difundida a través de la estructura societaria y las redes de distribución comercial vinculadas a las destinatarias de la Decisión.

22.- A su vez, puesto que las demandadas no oponen resistencia respecto de la eventual solidaridad de la responsabilidad que pudiera apreciarse, no dedicaré razonamientos demasiado profundos para aceptar esa técnica de imputación. Sí resulta relevante señalar que, en la interpretación conforme del régimen aplicable, que invita a superar las soluciones anteriores sobre el carácter impropio de la solidaridad por la generación de un hecho dañoso, deben superarse esas mismas técnicas de imputación basadas en vinculaciones de solidaridad impropia entre los responsables de una conducta colusoria, para aceptar la existencia de vínculos de responsabilidad propia en el art. 11.1 de la Directiva de daños, siendo las demandadas destinatarias de la Decisión y perteneciendo a un mismo grupo empresarial infractor.

Cuarto.- Lo resuelto por la Decisión y lo que eso significa en el proceso.

23.- La solución del caso exige fijar con precisión qué conducta sancionó la Decisión y cuáles son las consecuencias que de eso puede extraerse para este proceso. La interpretación de la Decisión es importante en un doble sentido. En primer lugar, para obtener de ella la información suficiente sobre las características de la infracción sancionada. En segundo lugar, para extraer de ella las circunstancias que puedan tener alguna incidencia en la cuantificación del daño eventualmente sufrido por el actor.

24.- La parte actora asume que la Decisión constató una infracción consistente en acuerdos colusorios sobre fijación e incremento de precios brutos, así como sobre el calendario y la repercusión de costes derivados de la introducción de tecnologías de control de emisiones contaminantes. Las demandadas inciden en que la Decisión en ningún caso hace referencia al impacto de esas conductas en el mercado, señalan que la resolución no considera que los precios finales a los clientes de la clase de los del actor estuvieran afectados por esas conductas y, en definitiva, enfatizan que la infracción sancionada consistió única y esencialmente en un intercambio de información sobre el incremento de precios brutos y en relación con la introducción de esas nuevas tecnologías, a modo de acto inocuo. Por todo ello, las demandadas niegan que de la Decisión se desprenda la constatación de un daño sufrido por el actor.

25.- No comparto la interpretación de las demandadas y, por el contrario, creo que la actora razona correctamente. La conducta sancionada no consistió en un mero intercambio de información entre las empresas cartelistas, guiadas con la sola intención de hacer el mercado de venta de **camiones** más transparente en materia de precios brutos, aunque cabe igualmente señalar que ese solo extremo ya distorsionaría la fijación de precios en ese mercado, al reducir el margen de incertidumbre con el cual las empresas compiten entre sí en un mercado perfecto, lo que necesariamente habría tenido alguna suerte de incidencia en la determinación de esos precios. Pero, abandonando este último argumento, cabe afirmar que de la Decisión sí se desprende la comisión de una infracción susceptible de generar daños en forma de sobreprecio al destinatario final del producto cartelizado, es decir, al adquirente de **camiones** como los que compró la parte actora en este proceso. Todo en la interpretación conforme del régimen aplicable al caso, según nuevamente diré. Cuestión distinta es que, a los efectos de sanción y disuasión de esa conducta o para contentar los fines de la aplicación pública del derecho de la competencia en este caso, la Comisión no se detuviera en considerar la incidencia material de la conducta sancionada en el mercado en ninguna de sus dos especies relevantes aquí (fijación de precios brutos y repercusión de sobrecostes por implantación de nuevas tecnologías sobre emisiones). O, también, que no haya querido revelar ningún dato adicional sobre esos extremos en la versión no confidencial de la Decisión, que es la que podemos analizar ahora.

26.- Para dar en esa conclusión, de acuerdo con la conjugación más elemental del principio de vinculación de lo resuelto por la autoridad de competencia, basta con la reproducción de la parte dispositiva de la Decisión, tal y como he citado en la enumeración de hechos relevantes para la solución del caso y como esfuerzo en el que no es necesario insistir ahora. De la reproducción de su parte dispositiva se constata que las demandadas participaron en acuerdos colusorios consistentes en la fijación de precios brutos y repercusión de algunos sobrecostes, durante el lapso de 1997 a 2011 y en relación con los **camiones** de las características técnicas que se describen en el cuerpo de la Decisión.



27.- Precisamente de la motivación de la Decisión, en su versión no confidencial y auténtica, pueden extraerse pasajes relevantes que ayudan a comprender cuáles fueron los hechos que constató la Comisión, con independencia de la clase o naturaleza de la infracción posteriormente sancionada, para desechar la línea argumental de las demandadas en este punto. Así (con énfasis añadido):

"(2) The infringement consisted of collusive arrangements on pricing and gross price increases in the EEA for medium and heavy trucks; and the timing and the passing on of costs for the introduction of emission technologies for medium and heavy trucks required by EURO 3 to 6 standards. The infringement covered the entire EEA and lasted from 17 January 1997 until 18 January 2011.

(...)

(25) All of the Addressees have national marketing subsidiaries in key market countries that usually import the trucks. All of the Addressees sell their products through distributors and their respective networks of authorised dealers or, in certain particular cases/regions, directly to key customers. Some of the distributors and dealers are owned by the truck manufacturers as part of their sales organisation, others are independent.

(...)

(27) The pricing mechanism in the truck sector follows generally the same steps for all of the Addressees. Like in many other industries, pricing starts generally from an initial gross list price set by the Headquarters. Then transfer prices are set for the import of trucks into different markets via wholly owned or independent distributor companies. Furthermore there are prices to be paid by dealers operating in national markets and the final net customer prices. These final net customer prices are negotiated by the dealers or by the manufacturers where they sell directly to dealers or to fleet customers. The final net customer prices will reflect substantial rebates on the initial gross list price. Not all steps are always followed, as manufacturers also sell directly to dealers or to fleet customers.

(28) With regard to the initial gross price lists of new trucks, all of the Addressees except Iveco applied a gross price list with harmonised gross list prices across the EEA . Renault introduced EEA price lists in 2000 but its implementation took some time, Volvo had an EEA price list since January 2002; DAF since September 2002; MAN since 2004; and Daimler since 2006. These initial EEA gross price lists were decided by the Headquarters. The EEA price lists contained the prices of all medium and heavy truck models as well as all factory-fitted options that the respective manufacturer offered.

(...)

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

(52) The following examples of meetings illustrate the nature of the discussions, in particular between the Addressees at the Headquarter-Level during the early period of the infringement. On 17 January 1997, a meeting was organised in Brussels. It was attended by representatives of the Headquarters of all of the Addressees. The evidence demonstrates that future gross list price changes were discussed. During a meeting on 6 April 1998 in the context of an industry association meeting, which was attended by representatives of the Headquarters of all of the Addressees, the participants coordinated on the introduction of EURO 3 standard compliant trucks. They agreed not to offer EURO 3 standard compliant trucks before it was compulsory to do so and agreed on a range for the price additional charge for EURO 3 standard compliant trucks.

(53) On the upcoming changes to Euro price lists, the evidence shows further that all of the Addressees were involved in discussions about using the introduction of the Euro currency to reduce rebates. The parties involved discussed that France had the lowest prices and agreed that prices in France had to be increased ."



28.- De este modo, resulta que la conducta sancionada por la Comisión estribó en un acuerdo de fijación de precios brutos, con necesaria incidencia en la determinación de los precios netos o de venta al destinatario final del producto cartelizado según diré, en el mismo mecanismo de fijación y repercusión de precios que la Decisión describe a través de los canales societarios y comerciales vinculados con las destinatarias de la misma Decisión, mientras no se pruebe lo contrario. Cuestión distinta es que el mecanismo de fijación de precios contemplara otros factores adicionales para la determinación del precio final a satisfacer por el destinatario del producto. Pero el precio bruto de los **camiones** en cuestión estuvo cartelizado durante largo tiempo y eso, ontológicamente, tuvo consecuencias en el precio neto al menos mientras no se demuestre lo contrario. Un mecanismo de transmisión del daño en forma de sobreprecio. Esta misma conclusión es igualmente predicable respecto de la segunda de las infracciones constatadas, la repercusión de sobrecostes por implementación de nuevas tecnologías. Lo explica así la STJUE (Tribunal General, Cámara Cuarta), asuntos T-379/10 y 381/10, de 16/9/13:

"(60) First of all, in general terms, indicative prices in price lists serve as starting point for subsequent negotiations with customers. Consequently, whatever the purchasing power of the wholesaler on the bathroom fittings and fixtures markets may have been, the annual coordination of those prices between manufacturers is liable to have influenced the level set for the transaction prices paid initially by those wholesalers and, subsequently, by the end consumer".

29.- Es cierto que la Decisión también señala lo siguiente:

"(82) It is settled case-law that for the purposes of Article 101 of the TFEU and Article 53 of the EEA Agreement there is no need to take into account the actual effects of an agreement when it has as its object the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market and/or EEA, as applicable. Consequently, in the present case it is not necessary to show actual anti-competitive effects as the anti-competitive object of the conduct in question is proved".

30.- Pero, insistiré también en ello, eso solo revela lo innecesario de que la autoridad de competencia examine la incidencia material de las prácticas que fiscaliza por razón de su objeto, a los efectos de sancionar esa clase de conductas que, por sí mismas, distorsionan la libre competencia en el mercado (en el párrafo 80 de la decisión y con remisión a las SSTJUE C-67/13 y 286/13). De eso, por el extremo de que los efectos de la conducta en cuestión no hayan sido cuantificados, no debe seguirse que esa conducta no sea susceptible de generar daño y que, por tal razón, deba acreditarse el hecho del daño en un proceso *follow on* posterior o, en menor medida, que se excluya de manera absoluta la presencia de nexo causal entre infracción y el daño que se invoque en ese proceso. Lo explica así Alfaro, J., (*"La distinción entre infracciones por el objeto y por sus efectos en el art. 101 TFUE y algunos ejemplos de la práctica de la CNC"*, Almacén de derecho, 1 de agosto de 2012):

*"Y, en nuestra concepción, igualmente, está justificada la doctrina jurisprudencial según la cual, en relación con las restricciones por el objeto no es necesario probar efecto alguno para sancionarlas. Es tan simple como que el **cártel** es el instrumento del que se valen varias empresas para obtener poder de mercado. Por tanto, se puede presumir que, si no fuera por el acuerdo, las empresas no podrían obtener el resultado perseguido de aumentar el precio o repartirse los clientes. Una vez comprobado que se han puesto de acuerdo, no es necesario probar que, gracias al acuerdo, las empresas han conseguido el resultado perseguido. Si no fuera plausible, no habrían llegado al acuerdo en primer lugar".*

31.- El efecto vinculante de la Decisión se proyecta respecto de los hechos que constata. La línea de defensa de las demandadas parte de una asunción inexacta de lo resuelto por la Comisión y, de seguir su propio desarrollo argumental, podría llegarse a la conclusión de que en este caso no es posible articular una acción *follow on*, sino solo una *stand alone*, puesto que la infracción sancionada no es de la especie que genera daños. Pero la Decisión ha constatado hechos de los que, razonablemente, sí puede inferirse la afectación material del mercado, aunque la Comisión no haya medido de manera concreta esos efectos para desarrollar la finalidad sancionatoria en el caso, porque la aplicación pública del derecho de la competencia no lo exigía así. Vemos que la Comisión ha hecho algo más que describir una infracción por objeto consistente en el intercambio de información sensible entre competidores pues, incluso en la versión no confidencial de su Decisión, refiere de manera más minuciosa la existencia de acuerdos concretos sobre alteración de precios y su incidencia material en el mercado por el mecanismo societario y comercial de transmisión del daño, eso sí, sin cuantificar esos efectos. La Decisión no describe, en ningún caso, un **cártel** inocuo. Por el contrario, la Decisión describe un **cártel** generador de sobreprecio, es decir, de daño. Esos son los hechos relevantes y la interpretación correcta de la Decisión, según resulta de su efecto vinculante. ¿Qué significa eso para nuestro proceso *follow on* ?

32.- He identificado que el régimen aplicable para la solución del caso es el de la regla general de responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC, matizada en su interpretación conforme con el contenido de



la Directiva de daños. He señalado que en la aplicación privada del derecho de la competencia con invocación de esa regla general de responsabilidad se diluían algunos de sus elementos típicos. En nuestro caso, la acción, la culpabilidad, el nexo causal, son elementos cuya constatación material y relevancia jurídica se consumen en el efecto vinculante de la Decisión, el juicio de imputación del que resulta la legitimación pasiva de las demandadas y, en fin, por la adquisición por el actor de **camiones** de la clase de los afectados por los acuerdos colusorios, todo ello sin necesidad de motivación más intensa.

33.- A su vez y respecto del daño, en ese régimen que ya no es el vigente, se reconocía la aplicabilidad de la regla *ex re ipsa*. Por la sola invocación de la regla y el hecho cierto de la comisión del ilícito, no se lograba presumir a modo de aserto la existencia del daño en todos sus extremos: su cuantificación. Pero, por la aplicación de la regla a un proceso *follow on* en concordancia con asunciones razonables traídas del caso en cuestión, sí se lograba una interpretación flexible de los materiales probatorios que podían permitir, hipotética pero fundadamente, reconocer la existencia del daño seguido de la infracción, con alteración de las cargas probatorias para exigir al demandado la tarea de enervar la eficacia de la presunción (en la Sentencia del **cártel** del azúcar y en las SSJM núm. 3 de Barcelona, de 6 de junio, 5 y 10 de septiembre de 2018 y núm. 7 de Barcelona, de 6 de junio de 2018).

34.- Sin embargo, ese régimen debe actualizarse aquí en su interpretación conforme al vigente, para lograr que no se frustre la aspiración de efectividad que asume la Directiva de daños en materia de distribución de cargas probatorias pues, en ese extremo, la Directiva recoge el acervo sustantivo anterior y toma esa presunción *ex re ipsa* para desarrollarla y positivizarla, con una funcionalidad añadida en el proceso.

35.- En efecto, el art. 17 de la Directiva, que no es un instrumento sustantivo o procesal novedoso, sino la consumación de la evolución del plano sustantivo y procesal anterior mediante su expresión más precisa, señala que cada uno de los intervinientes en el proceso, entre los que se incluye al juez, tienen una función distinta en relación con la articulación de esa presunción *ex re ipsa* y la actividad probatoria a desarrollar en el caso. Así, el precepto positiviza el núcleo de la presunción, cuando señala que en un proceso *follow on* seguido tras las infracciones de **cárteles** se presume, a favor del actor que ha entrado en relación con el **cártel**, la existencia de daños susceptibles de compensación. Entonces es el demandado quien está llamado a acreditar que esos daños no se han producido. A su vez, porque en el proceso ya se presume la existencia de esos daños, el actor no debe esforzarse en probar su efectiva producción: le basta con cuantificarlos de manera razonable. Por fin, la evolución de la presunción *ex re ipsa* se consume en escenarios de dificultad probatoria, donde los jueces están facultados para estimar la cuantificación de esos daños, lo que supone ir más allá de la mera asunción de un criterio de valoración probatoria consistente en aceptar la recreación por el actor de escenarios hipotéticos de cuantificación, aunque no pueda desentenderse de las alegaciones y labor de prueba realizadas por las partes. Los jueces pueden desarrollar de forma autónoma esa facultad estimativa sin lesión del principio dispositivo o los deberes de congruencia mientras, partiendo de ese esfuerzo previo de las partes, ofrezcan una motivación particular sobre el ejercicio de su facultad estimativa. Lo explica así Martorell Zulueta, P., ("*Culpabilidad y daños: cuantificación y reparación integral*" en Acciones *follow on*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 95):

"De la Directiva 2014/14 (artículo 17) y de su transposición a nuestro ordenamiento jurídico (art. 76.2 de la LDC), resulta la expresa atribución al Juez de la potestad de cuantificar por sí mismo el daño cuanto, acreditado que el demandante sufrió daños y perjuicios (presupuesto inicial que se acompaña de la presunción del apartado 3 del mismo precepto) "resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlos con precisión en base a las pruebas disponibles".

Es obvio que no basta alegar la mera imposibilidad o la dificultad de cuantificación del daño, porque esta facultad no está desconectada de los principios que configuran el sistema que atribuye al demandante la carga de la prueba de los daños y perjuicios sufridos y de la relación de causalidad respecto de la infracción del derecho de la competencia a la que se anudan. Ello implica la necesidad de argumentar y probar.

Lo que se pretende es dotar al juez de un instrumento de flexibilización respecto a la exigencia probatoria y de valoración de los informes periciales en términos de probabilidad y no de certeza, dado que se parte siempre de la comparación entre una situación real y la reconstrucción hipotética de un escenario que no lo es (estado de las cosas sin infracción). La facultad que se atribuye a los tribunales se sitúa en el contexto de la valoración del conjunto de las pruebas practicadas y en conexión con el método de las presunciones a que se refieren los arts. 385 (en conexión con la presunción del artículo 76.3 de la LDC) y 386, ambos de la LEC . Y en cualquier caso exige el cumplimiento del deber de motivación que resulta del art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil " .

36.- Todo eso significa que, en este proceso, resueltas las cuestiones de determinación del régimen aplicable, legitimación pasiva de las demandadas e interpretación de la Decisión, este es el sustrato anterior a la valoración de los materiales probatorios en mi proceso de convicción: la adquisición de los **camiones** por la



parte actora estuvo afectada por un **cártel** que fijaba precios, de modo que, con invocación de la regla *ex re ipsa* matizada por la interpretación conforme de esa regla con la Directiva de daños, cabe afirmar que la actora sufrió daños a resultas de esa conducta, que las demandadas son las obligadas a probar que esos daños no se produjeron, que el actor es el obligado a cuantificarlos de manera hipotética pero razonable y que, por fin, puedo fijar una estimación relativa de esos mismos daños si constato un escenario de dificultad probatoria, tras valorar el esfuerzo probatorio realizado por cada una de las partes en tal sentido.

Quinto.- Valoración de dictámenes periciales.

37.- Aquí practicaré la valoración de los dos elementos de prueba más relevantes para la solución del caso, que son los dictámenes periciales presentados por la parte actora (Sr. Ricardo , tomo I, doc. 8 actor) y las demandadas (KPMG, Sr. Rodrigo , tomo IV).

38.- El Sr. Ricardo desarrolla un análisis teórico sobre las características de un **cártel**, los elementos que cabe tomar en consideración para la cuantificación de los daños que normalmente se desprenden de la existencia de un **cártel** y realiza una larga serie de afirmaciones a propósito del mercado cartelizado tales como su inclinación a la colusión, las características de los **camiones** y otros extremos análogos. Propone igualmente una descripción de los modelos econométricos admitidos por el estado de la ciencia y recomendados por la Comisión para la cuantificación de daños, pero no desarrolla ninguno de ellos en el caso concreto, pues precisamente persigue relacionar todas esas consideraciones teóricas iniciales con la imposibilidad que, según afirma, existe en el caso para el empleo concreto de esos modelos, proponiendo que la cuantificación debe desarrollarse de acuerdo con las aportaciones de literatura científica que desgrana (Smuda, F., "**Cartel overcharges and the deterrent effect of EU Competition Law**", Journal of Competition Law and Economics, 2013). También estima cuáles puedan ser los costes de fabricación por implementación de mejoras tecnológicas asociadas a la normativa de emisiones de **camiones** con recurso a otras aportaciones de la misma naturaleza (ICCT, "**Costs of emission reduction technologies for heavy-duty diesel vehicles**"). Por fin, en una segunda parte del informe (pp. 123-160) se dedica a la cuantificación concreta del daño. Respecto del daño por sobreprecio aplica, al precio de compra de los sucesivos **camiones**, la media ponderada que extrae del primer texto científico citado (20'7%). Respecto del daño por repercusión de sobrecostes de implantación de nuevas tecnologías, aplica el coste total de aplicación según esas otras aportaciones científicas (400 euros) como concepto de sobrecoste abonado por la parte actora por cada **camión**.

39.- KPMG desarrolla una doble valoración. En primer lugar, realiza un análisis crítico del informe del Sr. Ricardo (parte II). En segundo lugar, desarrolla un escenario contrafactual alternativo para la cuantificación de los sobrecostes efectivamente sufridos por la parte actora (parte III).

40.- En la primera parte del análisis, KPMG advierte que la Decisión no constata la existencia de un **cártel** de fijación directa de precios brutos, sino una sanción por objeto consistente en el intercambio de información sobre precios. A su vez, las particularidades del mercado de **camiones** en España impediría la efectividad de una práctica o acuerdo colusorio distinto (distancia de precios brutos con netos por la presencia significativa de descuentos, complejidad y dispersión técnica de los **camiones**, presencia de factores adicionales al precio bruto en la determinación del precio final a satisfacer por el destinatario). Se trata de asunciones infundadas del perito Sr. Ricardo , quien después no desarrolla ningún método económico concreto, sino que únicamente aplica medias ponderadas obtenidas de un estudio científico de manera inadecuada y sin ninguna visión crítica. Por último, respecto de la eventual repetición de sobrecostes por aplicación de nuevas tecnologías, cabe censurar que la aproximación de cálculo es inadecuada y se asume una doble cuantificación, por encontrarse consumidas en el precio del **camión** en cuestión.

41.- En la segunda parte del informe, KPMG desarrolla un método de comparación diacrónica para descartar la presencia de sobreprecio, siendo que el resultado de ese análisis de regresión no permite constatar alteraciones del precio por impacto de una eventual conducta colusoria, por lo que se cuantifica en el 0% el eventual sobreprecio en el precio de venta de cada **camión** adquirido durante el lapso de duración del **cártel**. En el desarrollo del método, el dictamen procura considerar los precios netos de los **camiones** Volvo/Renault, el período posterior a la infracción desde 2011 hasta 2016, las técnicas de segmentación de productos empleadas por Renault internamente (Larga distancia), las características principales de los **camiones**, factores de coste y demanda o la influencia de otros factores de confusión. Por fin, el informe afirma que, de haber existido algún eventual daño sufrido por la parte actora, este habría sido objeto de repetición a sus clientes, según la evolución alcista de los precios de transporte en España en el período relevante de estudio.

42.- Los criterios jurisprudenciales para la valoración de materiales periciales de estas características pueden extraerse de la Sentencia del **cártel** del azúcar, que en su fundamento jurídico séptimo dispuso:

"3.- Frente a este informe pericial, el elaborado por la demandada parte de bases inaceptables, como son las de negar la actuación del **cártel**, negar las subidas concertadas de precios y negar por tanto la existencia de sobreprecio.

En cuanto a la crítica del método valorativo utilizado en el informe pericial de las demandantes, pone de manifiesto la imposibilidad de realizar una reproducción perfecta de cuál hubiera sido la situación si no se hubiera producido la conducta ilícita, pero eso es un problema común a todas las valoraciones de daños y perjuicios que consisten en proyecciones de lo que habría sucedido si la conducta ilícita no hubiera tenido lugar. Es lo que la propuesta de Directiva llama la comparación entre la situación real, consecuencia de la práctica restrictiva de la competencia, y la "situación hipotética contrafáctica", esto es, la que hubiera acaecido de no producirse la práctica ilícita. Para la propuesta, esta dificultad no debe impedir que las víctimas reciban un importe de indemnización adecuado por el perjuicio sufrido sino que justificaría una mayor amplitud del poder de los jueces para estimar el perjuicio.

Lo exigible al informe pericial que aporte la parte perjudicada es que formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos. La Sala entiende que el informe del perito de las demandantes contiene ambos elementos y que por tanto, a falta de otra hipótesis alternativa que pueda considerarse mejor fundada, la valoración de los daños realizada en dicho informe ha de considerarse razonable y acertada.

En un caso como el que es objeto del recurso, en que la demandada ha realizado una conducta ilícita generadora de daños, puede afirmarse con carácter general que no es suficiente que el informe pericial aportado por el responsable del daño se limite a cuestionar la exactitud y precisión de la cuantificación realizada por el informe pericial practicado a instancias del perjudicado sino que es necesario que justifique una cuantificación alternativa mejor fundada, especialmente por el obstáculo que para la reserva de la liquidación de los daños y perjuicios a la ejecución de sentencia suponen las previsiones contenidas en los arts. 209.4 y 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Otra solución sería difícilmente compatible con el principio jurídico que impone compensar los daños sufridos por la actuación ilícita de otro y la tutela efectiva que debe otorgarse al derecho del perjudicado a ser indemnizado".

43.- A su vez, la Comisión ha dotado a los jueces de diversos textos para acompañar su labor de valoración de informes de expertos y estimación de daños en procesos *follow on*: "Quantifying antitrust damages" (2009, "Oxera"), "Guía práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los arts. 101 o 102 del TFUE" (2013, "Guía práctica") y el "Study on the passing-on of overcharges" (2016, "Estudio passing-on").

44.- El informe del Sr. Ricardo no es útil para formar convicción suficiente sobre el alcance de los daños sufridos por la actora a resultas de la conducta cartelizada de la demandada. La recreación de un escenario hipotético pero que, de forma razonable, dibuje la anatomía de un mercado sin infracción y de modo que, de ese escenario y en su comparación con el escenario infractor que es el conocido a través del precio satisfecho por la adquisición del **camión**, pueda estimarse el daño que la parte actora sufrió por la conducta cartelizada de las demandadas, no se contenta con la extrapolación del sobrecoste medio observado por estudios científicos sobre el impacto habitual de los **cárteles** en nuestro entorno. Ese no es un esfuerzo que, más allá de la consideración del precio de venta del **camión** en cuestión, que parte de las facturas que custodia el actor, tome en consideración *datos contrastables y no erróneos* relacionados con las circunstancias del caso. Los textos científicos son una herramienta útil en la estimación de daños, pero no en la recreación de un escenario contrafactual, que es la manera de observar el daño sufrido por el actor en los métodos de cuantificación óptimos para la Guía práctica.

45.- En efecto, sobre el valor que puedan desplegar por sí solas las conclusiones de esa clase de estudios, la Guía práctica señala que:

"(145) Estas conclusiones de los efectos de los **cárteles** no sustituyen a la cuantificación del perjuicio específico sufrido por los demandantes en un asunto concreto. Sin embargo, los tribunales nacionales, basándose en este conocimiento empírico, han declarado que es probable que, por regla general, los **cárteles** den lugar a costes excesivos y que cuánto más duradero y sostenible ha sido un **cártel**, más difícil le resultaría a un demandado alegar que no había habido un impacto negativo sobre los precios en un caso concreto. Tales inferencias, no obstante, competen a las normas jurídicas aplicables".

46.- De este modo, la literatura científica más autorizada sobre la constatación de los efectos de los **cárteles** en el mercado puede desarrollar un papel relevante en la valoración de los dictámenes periciales traídos al proceso, para medir su grado de plausibilidad o discriminar su mayor o menor fundamentación en su contraste con los dictámenes de expertos traídos por el resto de partes intervinientes (en las SS SSJM núm. 3 de Barcelona, de 6 de junio, 5 y 10 de septiembre de 2018 y núm. 7 de Barcelona, de 6 de junio). Todos



esos estudios reafirman el sustrato empírico de la presunción *ex re ipsa* : los **cárteles** causan daño mientras no se demuestre lo contrario. Pero ninguno de esos estudios puede sustituir la recreación de un escenario contrafáctico según las circunstancias particulares del caso.

47.- En adición a lo anterior, puedo compartir otras de las críticas metodológicas del informe del Sr. Ricardo que el informe KPMG igualmente censura. Por ejemplo, incluso aceptando la posibilidad de recurrir de manera directa a esos estudios empíricos, la crítica sobre la falta de justificación de ubicar el rango de sobreprecio sufrido en el umbral de las medias ponderadas que se extraen de los datos que allí se obtienen, puesto que esa decisión tampoco se conecta con ninguna circunstancia concreta puesta en desvalor por la Comisión para referirse a la gravedad o incidencia del **cártel**. También puedo advertir un cálculo redundante de los conceptos indemnizatorios: cálculo del sobreprecio sobre un porcentaje del precio satisfecho por el actor, que ya incluye la repercusión de sobrecostos eventualmente sufrido y, de manera simultánea, cálculo del sobreprecio de repercusión de nuevas tecnologías de forma autónoma e íntegra, sin considerar su relación con ese precio final respecto del que ya se ha obtenido un cálculo previo del daño sufrido por la parte actora, considerando el importe total del **camión** adquirido en cada caso.

48.- Sin embargo, aunque no formaré mi convicción desde las conclusiones del informe presentado por el Sr. Ricardo , no dirigiré censura alguna a la actora en términos de carga probatoria pues, según las circunstancias del caso y las dificultades que señalaré, el informe del Sr. Ricardo reúne al menos el valor de cuantificar efectivamente los daños sufridos por el actor.

49.- Por el contrario, es la demandada quien sí ha incumplido la carga de acreditar la ausencia de producción de daños derivados del **cártel** en el que intervino, en un triple sentido:

- (i) El informe de KPMG se asienta sobre una interpretación inexacta de la infracción constatada por la Comisión. Eso supone una lesión directa de la doctrina sentada por la sentencia del **cártel** del azúcar.
- (ii) El informe de KPMG desarrolla un método econométrico tomando en consideración datos que previamente considera incoherentes respecto de la especie de infracción sancionada y que, en cualquier caso, no han sido aportados al proceso, ni puestos a disposición de la parte actora o del juzgado de ninguna otra manera.
- (iii) El informe de KPMG considera que la parte actora habría procedido a la repetición de los sobrecostos eventualmente sufridos de manera hipotética, sin una adecuada articulación de la *passing-on defense* .

50.- El informe de KPMG sostiene recurrentemente que en el caso no puede apreciarse la generación de un daño al actor porque la infracción constatada por la Comisión es de una especie que no los causa. No insistiré en lo deformado de esta visión, pues ya he dedicado a eso el fundamento anterior. Se trata de una premisa que, por sí sola, desvirtúa todo el valor probatorio del dictamen, pues se asienta sobre una representación falaz de lo resuelto por la Comisión.

51.- A partir de aquí, se abunda en una serie de circunstancias que redundarían en esa conclusión y que son fácilmente refutables sin una prueba contundente y clara de la plausibilidad de esos argumentos, que en el caso no se ofrece por las demandadas. La valoración de un dictamen se da a efectos probatorios y no económicos, siendo su utilidad la de imprimir un sentido lógico en la argumentación jurídica a ofrecer para la solución de un problema que es jurídico (la valoración probatoria) y no económico. De esta manera, resulta difícil, sin pruebas, tener como razonables afirmaciones tales como:

- (i) Que la fijación de un precio bruto para un producto es una magnitud sin incidencia respecto de la fijación del precio neto del mismo producto, como si esta segunda clase de precios fuera una entidad autónoma, desgajada y alejada de los precios de la primera clase, que, por el contrario y necesariamente al menos en algún punto, deberían ser su origen (afirmación que, además de ilógica, es contraria a lo constatado por la Decisión en sus párrafos 27 y 28, ya reproducidos, sobre los mecanismos de fijación de precios).
- (ii) Que el intercambio de información sobre un elemento de producción sensible entre los competidores de un mismo mercado (por ejemplo, el precio de sus productos), con la finalidad confesada de homogeneizar ese elemento de producción entre todos esos productores y en el conjunto del mercado en el que intervienen, es un esfuerzo que difícilmente conseguirá el objetivo perseguido, pese a que esos mismos productores dispongan una infraestructura que busque ese resultado de manera sostenida en el tiempo (afirmación que, además de ilógica, es contraria a lo constatado por la Decisión en su párrafo 2, ya reproducido, sobre el ámbito objetivo de la infracción).
- (iii) Que en el contexto de esa infraestructura de comunicación, cooperación y pacto sostenida durante largo tiempo (**cártel**) los productores son incapaces de coordinar y condicionar su actividad económica, precisamente, en aquellos aspectos que han motivado la creación de esa infraestructura y los acuerdos



alcanzados por el grupo (afirmación que, además de ilógica, es contraria a lo constatado por la Decisión en sus párrafos 51-53, ya reproducidos, sobre el alcance material de la infracción).

(iv) Que la complejidad de los productos del mercado en cuestión interviene como una barrera última e insalvable para fiscalizar la conducta de los productores incluidos en el grupo, cuando precisamente una de las premisas de funcionamiento del grupo ha sido hacer transparente ese mercado sobre sus extremos que se dicen más complejos, esfuerzo constatado después por la autoridad de competencia en la fiscalización del funcionamiento del grupo (afirmación que, además de ilógica, es contraria a lo constatado por la Decisión, aquí: "(48) Similarly, the exchange of configurators helped the comparison of own offers with those of competitors, which further increased the transparency of the market. In particular, it could be understood from the truck configurators which extras would be compatible with which trucks, and which options would be part of the standard equipment or an extra. All of the Addressees, with the exception of DAF, had access to the configurator of at least one other Addressee. Some configurators only granted access to technical information, such as bodybuilder portals, and did not include any price information").

(v) Que la posibilidad de aplicar descuentos a un precio neto calculado sobre la base de otro bruto que no ha sido fijado en condiciones de competencia, convierte un mercado no competitivo en otro que sí lo es, de manera espontánea y mientras la infraestructura creada por el grupo permanece en funcionamiento (afirmación que, además de ilógica, es contraria a lo constatado por la Decisión en su párrafo 25, ya reproducido, sobre la implementación de los acuerdos del **cártel** a través de la red de filiales y concesionarios de venta al público).

(vi) Que la relevancia o irrelevancia del poder de negociación de un comprador de un producto cartelizado debe ser considerada según su posibilidad de obtener descuentos en el precio de venta no competitivo predisposto por el grupo y no por la imposibilidad de adquirir un producto homogéneo y no afectado por la práctica anticompetitiva, es decir, de un productor no incluido en el grupo y liberado a su vez del posible efecto paraguas, todo en el contexto de un mercado cartelizado respecto de la práctica totalidad de los productores de la misma clase (afirmación que además de ilógica, resulta contraria a la noción de "buyer power" aceptada por el Estudio passing-on, p. 206, "Buyer power-Refers, to a situation in which suppliers of goods or services face buyers with a strong bargaining position. In the context of this Study, this may influence the ability of firms to pass on cost increases to such buyers").

(vii) Pero en el eslabón último del razonamiento de KPMG puede advertirse un corolario igualmente inconcluyente. Si los destinatarios finales del producto cartelizado no podían resultar en ningún caso perjudicados por la conducta cartelizada de los fabricantes europeos de **camiones**, ¿a quién habría potencialmente perjudicado esa conducta? ¿A sus empresas filiales? ¿A los concesionarios que se relacionaban con ellas? Sin embargo, incluso constatar esa circunstancia no excluiría la posibilidad de que destinatarios de la clase de los del actor hubieran sufrido daños, a modo de perjudicados indirectos y de acuerdo con una interpretación conforme de la regla *ex re ipsa* con la presunción del art. 14.2 de la Directiva de daños.

(viii) En definitiva, no se trata de un problema de distancia entre precios brutos y netos o de la presencia de otros factores de afectación de ese precio neto, sino de transmisión de un daño en forma de sobreprecio. El informe KPMG no logra desvirtuar la falta de transmisión de ese daño o su absorción íntegra y sin repercusión por un tercero distinto del actor, anterior en su contacto con el producto cartelizado, porque las conclusiones que el perito ofrece sobre esos extremos son de naturaleza cualitativa y no están amparadas en pruebas concretas. Sorprende que el punto de partida del informe KPMG sea el de la afirmación de una absoluta distancia entre los precios brutos y netos en el mercado de **camiones** y que, después y sin ninguna representación solvente sobre la transmisión del precio (daño) a lo largo de la cadena societaria y comercial de distribución del producto, quiera ilustrarse sobre la ausencia de producción de daños mediante el estudio de la evolución del precio neto en el mercado de venta de **camiones**.

52.- Las afirmaciones de KPMG no están formuladas sobre la base de datos de ninguna especie que, al menos aparentemente, las sostengan. Entre los anexos del informe de KPMG no se ha incorporado ningún tipo de información o documentación relativa a la evolución comercial de Volvo y Renault en ningún período relevante para el funcionamiento del **cártel**, por más que en el cuerpo del informe se aluda a datos proporcionados por ambas, documentación que, de haber sido aportada al proceso, podría haber sido utilizada para el contraste de las conclusiones desarrollados en el informe. Solo se enfatiza una enumeración muy precisa de los descuentos aplicados a favor del actor en la adquisición de los **camiones** (Anexo V), extremo del que extraigo dos conclusiones. En primer lugar, que se trata de un intento de dotar de una apariencia de documentación del informe muy parcial, es decir, únicamente en aquellos extremos que el informe considera sensiblemente perjudiciales para las pretensiones indemnizatorias de la parte actora y, por eso, intelectualmente rechazable. No se explica de ninguna manera, ni se soporta probatoriamente, como se transmitía el precio del producto a través de la estructura societaria y de distribución de las demandadas, si en algún eslabón de ese proceso había



una suerte de agotamiento del sobreprecio sin repetición posterior o si ese eslabón particular estaba dotado de plena autonomía en la fijación del precio respecto del eslabón siguiente en el mercado. En segundo lugar, porque los descuentos eran homogéneos y recurrentes en un largo período de tiempo, todo eso indica que era una magnitud que de forma estructural ya formaba parte de la propuesta comercial de Volvo y Renault y, por ello, por su prededucibilidad, poco relevante para acreditar la imposibilidad de transmisión de sobrecostes, de lo que se infiere de manera evidente que el descuento únicamente respondía a un sentido o vocación comercial de sugestión de los clientes y no de auténtica posición de fuerza de estos o de afectación en los procesos de determinación de precios de las demandadas y demás empresas cartelistas.

53.- Sin ese soporte documental, las conclusiones del informe son infundadas. Es más, puedo censurar la propia naturaleza del medio probatorio, que no es una auténtica prueba pericial. En efecto, la funcionalidad procesal de la prueba pericial es la de aportar al proceso máximas de ciencia extrañas al juez y que son necesarias para una correcta valoración de los hechos y demás elementos relevantes para la solución del caso. Pero esos hechos o esos elementos relevantes para la solución del caso deben encontrarse en el proceso o en disposición del resto de las partes. En caso contrario, si el examen del perito se proyecta respecto de elementos ajenos al proceso y a los que solo él tiene acceso, acaso su intervención en el proceso podrá ampararse bajo la fórmula de la prueba testifical (provocada nada menos que por una relación contractual), pero no como una auténtica pericia, pues las conclusiones del perito deben poder cohonestarse con esos elementos incorporados a las actuaciones, de manera que sea posible una auténtica contradicción y crítica de su dictamen y para que el juez pueda formar convicción no desde las conclusiones del perito, sino desde la correcta interpretación de esos elementos de prueba que le deben ser inmediatos y conocidos, interpretación eso sí acompañada y orientada por aquellas conclusiones del perito. Durante la celebración de la vista, pregunté al Sr. Rodrigo sobre la falta de aportación o puesta a disposición del juzgado y las partes de las "fuentes de información" que expresa el Anexo III de su dictamen. El perito afirmó que no había procedido a aportar las fuentes de información relacionadas con la actividad comercial de Volvo y Renault por tratarse de datos confidenciales de estas empresas. La respuesta es inaceptable y, de nuevo, interviene como una circunstancia que, por sí sola, desvirtúa la relevancia probatoria del dictamen de KPMG.

54.- A su vez, la propuesta de cuantificación alternativa del daño que realiza el informe es poco conciliable con las aportaciones de la literatura científica, empleadas aquí como herramienta de valoración sobre la plausibilidad de las conclusiones del perito, que parecen nuevamente infundadas. Es poco probable que un **cartel** de fijación de precios no cause daños a clientes finales. Por eso, un dictamen pericial de la clase del presentado por las demandadas debe encontrarse sólidamente fundado y no solo exquisitamente formulado. Así, con reproducción de la SJM núm. 3 de Barcelona, de 6 de junio de 2018:

*"El tercero, que enlaza con antecedentes doctrinales de base empírica, parte de la necesidad de formular una pregunta con la que bien pudiera haberse comenzado la redacción de este fundamento. ¿A qué competidor beneficia la cartelización de un mercado para la aplicación de un sobreprecio del 5'42%? Es ímprobo el esfuerzo de creación de un **cartel** en términos de seducción del resto de competidores primero, organizativos después y coercitivos por fin para que los cartelistas cumplan, respectivamente, con los compromisos adquiridos. Y, algo más que evidente en este caso, es cierto y grave el riesgo de ver descubierto ese ardid, con la consecuente sanción administrativa, la eventual depuración de responsabilidades personales, la aplicación del derecho de daños o el perjuicio reputacional de la empresa en cuestión y de sus administradores en el mercado. Cui bono? El sobreprecio, entendido en términos de beneficio ilegítimo de los cartelistas, debe ser siempre lo suficientemente acusado como para que la cartelización del mercado resulte atractiva, de modo que la creación y continuidad del **cartel** genere más ganancias que eventuales pérdidas derivadas de la aplicación del régimen sancionador si el **cartel** es descubierto, para lo que basta la deslealtad de uno de los partícipes, es decir, que se trata de un resultado probable.*

*Es frecuente, entre la doctrina, la cita del trabajo de Connor y Lande ("**Cartel** Overcharges and Optimal **Cartel** Fines", 2008, University of Baltimore Law) donde, para la estimación de un rango frecuente de sobreprecios en umbrales superiores al 30%, se examina la evolución recurrente de mercados cartelizados bien conocidos. Ese mismo trabajo asume, entre sus citas, la reproducción de 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) en análisis de sobreprecios aplicados por **carteles** bien organizados (en nuestro caso, sobre la organización del **cartel** puede verse en la Resolución, p. 247, la intervención de prestigiosas auditoras externas para la realización de una revisión de facturación que permitiera un control de funcionamiento del **cartel**), donde concluye que el sobreprecio aplicado generalmente por un **cartel** de los de esta clase puede estimarse en un 25%. Boyer y Kotchoni ("**How Much Do Cartel** Overcharges", Cirano-Scientific Publication n. 2011s-35) acabarán por concluir que el sobreprecio medio en un mercado cartelizado puede estimarse en un umbral mínimo del 15'47-16'01%. Podemos ahondar en otros materiales asimilables, en cuanto aspiran a objetivar la estimación del daño, para buscar patrones de análisis que nos auxilien aquí en la labor de dar con una estimación razonable del*



daño sufrido por la actora. Siguiendo con las aportaciones de la doctrina estadounidense, en la versión vigente (desde 2016) de la U.S. Sentencing Guidelines Manual (§ 2R1.1.3) se considera que el sobreprecio mínimo en escenarios de infracción puede fijarse en el umbral del 10%. Sin embargo, ese porcentaje de afección debe verse incrementado en supuestos de infracciones graves, que determinan un mercado uniformemente cartelizado, como es el caso que aquí analizamos, porque imponen un desvalor adicional en términos de ineficiencia del mercado en cuestión.

(...)

No debe extrañar el recurso a esa clase de materiales, cuando una asimilación de algunas de nuestras figuras a las soluciones propias del derecho antitrust se antoja como deseable, pues existe la necesidad de armonizar los sistemas en la medida en que las relaciones económicas son hoy acusadamente transversales, sin que eso deba provocar, como creo que no sucede en el caso por la sola invocación de esas aportaciones, la ruptura de nuestro acervo o tradición jurídica. Se trata de elementos de valoración, ya probados en la doctrina y de fundamentación empírica, que no pueden ignorarse o despreciarse. Entre otras cosas, porque la propia CNMC coopera para la difusión de estos materiales, aunque no asuma como propias sus opiniones. A continuación reproduzco parcialmente un reciente trabajo de García-Verdugo ("Valoración económica de las sanciones de competencia", CNMC, 2016, pp. 8-9):

"Con frecuencia, los **cárteles** son considerados infracciones por objeto o "per se" debido a su especial gravedad -como sucede en España y en la UE-, por lo que no es necesario calcular con precisión la variación efectiva de precios causada por la conducta para determinar si ha habido infracción o no. Por este motivo, no es raro que en el momento de fijar la multa no esté disponible esta información, aunque los datos recogidos en el expediente pueden permitir realizar estimaciones sobre los incrementos de precios efectivamente producidos durante la colusión.

Si no existe información relacionada con una infracción específica, lo que sucede no raras veces, podrían tomarse como valores de referencia las estimaciones realizadas en la literatura especializada. Combe y Monnier (2009) realizan una revisión de las estimaciones y concluyen que los incrementos de precios producidos por los **cárteles** a lo largo de su vida activa superan de media el 20%, promedio que puede llegar a superar el 30% para los **cárteles** internacionales.

En su estudio ya citado sobre la disuasión de las multas impuestas por la Comisión Europea, Allain et al. (2013) realizan simulaciones utilizando como más probables los valores de que se encuentran en el intervalo 5-30%. Por su parte, Lianos et al. (2014) realizan un amplio estudio comparativo y concluyen que los resultados de los principales trabajos en los que se realizan estimaciones del "**cartel** overcharge" son muy consistentes entre ellos, y muestran que el valor medio se encuentra entre el 10% y el 20%, aunque detectan mucha dispersión, y por tanto subrayan la importancia del estudio caso por caso cuando sea posible. Boyer y Kotchoni (2014) se basan en los resultados del trabajo de Connor (2010), y a la vez los corrigen, partiendo de que la base de datos de este autor no recoge observaciones sino estimaciones, por lo que están sujetas a errores de modelización y estimación, así como a sesgos de publicación.

Boyer y Kotchoni obtienen un valor medio corregido de 13,62% (con una mediana de 13,63%) para una muestra truncada formada por los **cárteles** cuya estimación inicial sesgada de "**cartel** overcharge" estaba entre 0-50%; y obtienen una media corregida de 17,52% (con una mediana de 14,05%) para la muestra completa".

Solo se trata, insisto, de indagar sobre la existencia de aportaciones científicas que cooperen en la labor de valoración probatoria".

55.- Por fin, el informe KPMG es nuevamente insatisfactorio cuando pretende reforzar su conclusión sobre la imposibilidad de generación de daño a la actora partiendo de la asunción particular del perito, sobre su asunción de que el daño eventualmente sufrido habría sido trasladado en su integridad a los clientes de la propia parte actora. En este mismo proceso ya rechacé la posibilidad de articular jurídicamente una defensa hipotética de esa naturaleza (Auto de 17/12/18 que doy aquí por reproducido, sobre relación de causalidad en la correcta articulación de la *passing-on defense*). Pero es que, a su vez, esa afirmación no se asienta sobre ninguno de los elementos de prueba que sí han sido aceptados por este juzgado, que de manera sorprendente no motivaron ni una ampliación del dictamen, ni una especial consideración de su eventual relevancia durante su crítica oral. Por un argumento próximo al dado en ese Auto para excluir la relevancia en la solución del caso de la determinación de la estructura de costes de la actora, sobre la ruptura de la relación causal entre acto y repetición, debo igualmente rechazar una defensa basada en la obtención de descuentos fiscales por la adquisición de los **camiones**.

56.- Para la solución del caso considero poco relevantes las aportaciones de los interrogados. Evidentemente, del interrogatorio del Sr. Mariano se colige, como acentúan las demandadas, que la actora era una empresa



con un peso notable en el mercado nacional de transportes y, por dicha razón y el volumen anual de compras que efectuaba, un cliente de especial relevancia para las demandadas. Todo eso justifica cierto trato comercial particular, en forma de las atenciones y visitas directas de empleados de las demandadas a las que el Sr. Mariano se refirió y, también, de los empleados de otros competidores. Pero no acredita la presencia de un poder negociador particular de la empresa actora. Del informe KPMG se desprende que los descuentos eran un factor acostumbrado en el mercado, con la interpretación que ya he asumido aquí sobre ese extremo. A su vez, el Sr. Maximiliano, empleado de las demandadas y encargado de las relaciones comerciales con Llácer, manifestó que sus empresas competidoras respecto de clientes de la clase de Llácer eran, precisamente, las afectadas por la Decisión. Es decir, que el pretendido poder de negociación de Llácer era irreal en dos extremos: porque la técnica de descuentos era el patrón negociador habitual en el mercado y porque Llácer no podía acudir a competidores no afectados por la práctica sancionada para adquirir **camiones** por un precio competitivo. Por lo demás, considero evasivas las respuestas del testigo Sr. Maximiliano a propósito de las relaciones entre la filial española de Renault y su empresa matriz en la aplicación o fijación de precios, en condiciones desconocidas para la solución de este proceso. Desde luego, esta prueba no es suficiente para acreditar la autonomía de las filiales españolas de las demandadas en la determinación de su política de precios.

57.- He advertido que la adquisición del **camión** por Llácer estuvo afectada por un **cártel** que fijaba precios, de modo que, con invocación de la regla *ex re ipsa* matizada por la interpretación conforme de esa regla con la Directiva de daños, la actora sufrió daños a resultas de esa conducta. Por eso, los demandados eran el obligado a probar que esos daños no se produjeron y la actora la obligada a cuantificarlos de manera hipotética pero razonable.

58.- Las demandadas no han probado que la conducta cartelizada no causara daños a la parte actora. He considerado insuficiente la cuantificación de daños que aporta a la actora. Conservo entonces la presunción de que la conducta cartelizada causó daños a la actora en forma de sobreprecio y repercusión de sobrecostes, a modo de hecho probado para el fin del proceso. Ahora debo examinar si en el caso concurre un escenario de dificultad probatoria que me imponga recorrer el último estadio de la regla *ex re ipsa* en su interpretación conforme con la Directiva de daños: una estimación judicial de los daños sufridos por la parte actora.

59.- La Guía práctica explicita las dificultades probatorias inherentes a todo intento de cuantificación de los daños derivados de una conducta cartelizada. Así en su párrafo 12: *"Esta situación hipotética no puede observarse directamente y, por lo tanto, es necesario algún tipo de estimación para construir un escenario de referencia con el que comparar la situación real"*. También en su párrafo 17: *"la cuantificación del perjuicio en asuntos de competencia está, por su propia naturaleza, sujeta a limitaciones considerables en cuanto al grado de certeza y precisión que puede esperarse"*. Para eso recomienda el desarrollo de métodos alternativos de cuantificación. Describe diversos métodos comparativos, que son los que consisten en *"estimar lo que habría ocurrido de no haberse producido la infracción examinando periodos anteriores o posteriores a la infracción u otros mercados que no han sido afectados por la misma"* (en el párrafo 27). También otros de base no comparativa, que son los modelos económicos o los basados en los costes (en el párrafo 28).

60.- La posibilidad de desarrollar cada uno de esos métodos parte de la disponibilidad de datos suficientes al efecto. Pero no basta con eso. Después, la calidad de esos datos determina la fiabilidad de los resultados obtenidos con el estudio. Así en el Estudio *passing-on*:

"(439) The availability of suitable data is a key challenge to undertake the kind of empirical analysis described above. This will be an issue, in particular, where (absent a disclosure exercise) an expert may not have access to information in respect of other firms' costs and prices, especially where those firms are not parties to the relevant damages actions.

(...)

(599). National courts should consider a number of checks to probe the reliability of expert economic analysis. In general, reliability will depend on the quality of the information used and on the nature of the assumptions made in analysing that information. Both should be investigated".

61.- La posibilidad o imposibilidad de recurrir a un método de cálculo "sencillo", la disponibilidad o indisponibilidad de datos de calidad suficientes para el desarrollo de cualquier otro método, debe tener consecuencias jurídicas en el proceso, así en las recomendaciones de la Guía práctica:

"123. Debe insistirse en que solo es posible estimar, no medir con certeza y precisión, cómo habría sido probablemente el hipotético escenario sin infracción. De ningún método puede decirse que en todos los casos sería más adecuado que otros. Cada uno de los métodos descritos tiene sus propias características, ventajas e inconvenientes, que pueden hacerlo más o menos adecuado para estimar el perjuicio sufrido en unas



circunstancias concretas. En particular, se diferencian en el grado de sencillez de aplicación, en el grado en que se basan en datos que resultan de interacciones reales del mercado o en supuestos basados en teoría económica y en la medida en que tienen en cuenta otros factores distintos de la infracción que puedan haber afectado a la situación de las partes.

124. *En las circunstancias específicas de un asunto dado cualquiera, el enfoque adecuado para realizar la cuantificación debe determinarse con arreglo a las normas de derecho aplicables. Algunas de las consideraciones relevantes, además del nivel probatorio y la carga de la prueba con arreglo a la normativa jurídica aplicable, pueden ser la disponibilidad de datos, los costes y el tiempo que exigen y su proporcionalidad en relación con el valor de los daños y perjuicios que se reclaman. Los costes que deben considerarse en este contexto pueden ser no solo aquellos en que ha incurrido la parte sobre la que recae la carga de la prueba al aplicar el método, sino incluir también los de la otra parte para rebatir sus alegaciones y los costes para el sistema judicial cuando el órgano jurisdiccional evalúa los resultados arrojados por el método, posiblemente con la ayuda de un experto designado por el tribunal. Los costes y la carga para una parte perjudicada y su proporcionalidad pueden ser particularmente relevantes habida cuenta del principio de efectividad. Además, la decisión con arreglo a la legislación aplicable en cuanto a si debe utilizarse alguno de los métodos y técnicas descritos en la presente Guía práctica -y, en tal caso, cuál-, puede también depender de la disponibilidad de otras pruebas, por ejemplo, pruebas documentales presentadas por las empresas sobre sus actividades que demuestren que se aplicó realmente un incremento de precios acordado ilegalmente por determinado importe".*

62.- De este modo, para determinar si en el caso se da una dificultad probatoria añadida a la inherente a la cuantificación de los daños seguidos de una infracción anticompetitiva, debe considerarse qué género de elementos probatorios tenía a su alcance la parte actora para desarrollar su intento de cuantificación de daños.

63.- La parte actora desarrolla su pericia de cuantificación partiendo de un único elemento probatorio relevante, que es el bloque documental de facturas de adquisición de los **camiones** en cuestión. La parte demandada ha aportado igualmente una pericia, pero no ha traído al proceso ni un solo documento relevante. No se ha practicado prueba relevante distinta de la reproducción de la prueba documental, ni de la crítica oral de los informes periciales, dado que no le he atribuido ese carácter relevante a los interrogatorios reseñados.

64.- No puedo hacer responsable de ese escenario de dificultad probatoria a la parte actora quien, para la preparación de este proceso, únicamente se encontraba en posesión de las escuetas facturas que apenas expresan conceptos distintos del modelo del **camión** adquirido y del precio satisfecho por tal concepto. Tampoco puedo afirmar que ese escenario de dificultad probatoria persista en el proceso a resultas de su pasiva conducta procesal, que no ha sido tal, por estas razones:

(i) La carga probatoria de la parte actora es la de la cuantificación del daño, pero como una etapa procesal subsiguiente de otra primera y más importante, que no le incumbía a él sino a las demandadas y que ésta ha desatendido: la carga de probar que la conducta sancionada no ha causado daños.

(ii) En mi opinión, se desnaturaliza el mecanismo de indagación del art. 283 bis LEC si se quiere ver en él un instrumento de necesaria invocación previa a la interposición de una acción *follow on*, hasta el punto de que su falta de invocación en esa labor de preparación de la demanda, que es lo que ha sucedido aquí, deba determinar su desestimación.

(iii) Porque, de nuevo en mi opinión, la regulación de ese mecanismo de averiguación asume como objetivo la protección de los programas de clemencia, de manera que no puede usarse para obtener de la autoridad de competencia los materiales más relevantes, que por el contrario no son necesarios para desarrollar un juicio presuntivo que tome su base en la pasividad procesal de la parte demandada, en menor medida para desplazar a la autoridad de competencia el peso del cálculo de los daños que puedan ser reclamados en ejercicio de una acción *follow on*. Del mismo modo, el mecanismo del art. 283 bis LEC no sirve para la coacción del futuro demandado: el requerido puede válidamente resolver no colaborar con el proceso de averiguación lo que, eso sí y de nuevo en mi opinión, abocará al proceso subsiguiente a una aplicación plena de la regla *ex re ipsa*.

65.- En cualquier caso, el establecimiento de un umbral más rígido o más laxo sobre ese escenario de dificultad probatoria y las conclusiones que de él puedan extraerse debe ser respetuosa con dos nociones que le son anteriores: el principio de efectividad y la normal existencia de una asimetría informativa entre las partes en el proceso. En este sentido, los planos de facilidad de aportación de materiales probatorios son los propios de las partes, no la eventual disponibilidad de sus peritos: las posibilidades de Llácer frente a las posibilidades de Renault y Volvo.

66.- Las demandadas destacan que Llácer era una gran empresa de servicios de transporte, que adquirió cientos de **camiones** durante el período de duración del **cártel**. En mi opinión, eso no le sitúa en un plano de equilibrio informativo con Renault y Volvo para la reconstrucción del impacto del **cártel** en el mercado. En



puridad, todos los afectados por esta conducta cartelizada, de acuerdo con las características del mercado en cuestión, son profesionales. En estos casos, no es posible una distinción entre consumidores y profesionales o entre pequeños, medianos y grandes profesionales, de manera que el juez debiera reconocer una posición más desfavorable a unos que a otros en el desarrollo de la labor tuitiva que comporta la constatación de una situación de asimetría informativa. La situación de todos ellos respecto de las fuentes de información es la misma: muy alejada. De este modo, la distinción entre pequeños, medianos o grandes profesionales podría tener algún impacto en este tipo de procesos (por ejemplo, el más intenso poder de negociación de los últimos, todo en la estrategia procesal de las demandadas y no en mi convicción en este caso), pero no respecto de la eventual situación de asimetría de esos pequeños, medianos y grandes clientes.

88.- Con todo, las demandadas insistieron igualmente en que el Sr. Ricardo , tal y como por otra parte reconoció este mismo perito del actor, habría estado en disposición de miles de facturas representativas de operaciones trabadas entre las empresas cartelistas y sus clientes. Es decir, que Mariano habría trabado cientos de operaciones de compra con las empresas cartelistas y su perito tendría conocimiento indirecto de muchas más.

89.- Pero, en las propias explicaciones del dictamen KPMG sobre la presencia de factores de confusión para el desarrollo de un método econométrico, eso no restaría ni un ápice de dificultad en la elaboración de un modelo que procurase recrear la eficacia del **cártel** a través de la variación de precios netos partiendo de esa muestra de facturas.

90.- Y en este punto, considero muy trascendente señalar que el informe KPMG trata de desarrollar un método económico de carácter comparativo que parte de la "variable relevante de estudio para el análisis (que) en este caso son los precios netos de los **camiones**" (p. 18), sin considerar única y expresamente los **camiones** adquiridos por Llácer durante el período de duración del **cártel**. Eso es bastante para constatar la existencia de una asimetría informativa entre las partes y la insuficiencia de los medios probatorios que Llácer tenía a su alcance para construir un método de cuantificación solvente.

91.- De este modo, constato un escenario de dificultad probatoria que no puede reprocharse a la parte actora y que interviene como presupuesto para desarrollar en el caso una estimación judicial de los daños causados por las demandadas, como corolario de la presunción que estas no han refutado. Partiendo de los materiales probatorios habidos en las actuaciones, que son insuficientes, esa labor de estimación judicial solo puede conducirse con arreglo a los textos que la Comisión ha proporcionado a los jueces europeos para guiar su labor en la aplicación privada del derecho de la competencia.

92.- Una empresa cartelista también es beneficiaria del principio de efectividad que establece la Directiva de daños. La regla de indemnidad debe excluir, de igual manera, escenarios de sobrecompensación tanto como los de infracompensación. Sin embargo, sin alteración de esas reglas de indemnidad y efectividad, hay consecuencias que normalmente deben seguirse de escenarios de insuficiencia probatoria. Porque se parte de la presunción de que los **cárteles** causan daño, una parte demandada que niega la existencia de la infracción, rechaza la aplicación de la regla legal de presunción, incumple las cargas procesales que se derivan de esa regla, resuelve no cooperar en forma alguna con la clarificación de los hechos relevantes para la solución del caso, limita su actividad probatoria a la tacha de los intentos de cuantificación realizados por un actor con pocas posibilidades o presenta una cuantificación contradictoria sin fundamentación probatoria alguna, se ubica en situación de sufrir esas consecuencias. El derecho de defensa que asiste a cualquier demandado le permite desarrollar una estrategia procesal basada en la negación de los presupuestos de la acción de que se trate u otra de mera interferencia en la actividad probatoria del demandante en cuestión. Pero, en la aplicación privada del derecho de la competencia, la regla de vinculación a lo resuelto por la autoridad de competencia, el principio de efectividad, el juego de presunciones o la distribución de funciones procesales basadas en la constatación de asimetrías informativas, pueden determinar que, en escenarios como el presente, el juez haga uso de sus facultades de estimación relativa de los daños sufridos por ese actor, que son el corolario de la regla *ex re ipsa* en su formulación plena y conforme con la Directiva de daños.

Sexto.- Estimación judicial de los daños sufridos por la parte actora.

93.- Para desarrollar esta función judicial de estimación relativa voy a partir de los siguientes elementos:

- (i) El hecho probado del precio de adquisición de los **camiones** afectados por la conducta colusoria (por remisión al bloque documental 2 del escrito de demanda y a los anexos del informe KPMG).
- (ii) La distribución porcentual de umbrales de sobreprecio aplicados por **cárteles** que fijan sobreprecios, en el informe adecuado de la Comisión (Oxera).
- (iii) Las recomendaciones de la Comisión sobre criterios de plausibilidad en la estimación de daños o margen de error estadístico de muestreo.

94.- En la distribución de sobrepuestos aplicados por **cárteles** la Comisión acepta (Oxera, con depuración del muestreo de aportaciones empíricas anteriores para obtener resultados más conservadores) que el 93% de los **cárteles** aplican un sobrepuesto superior al 0%, así (p. 91):

*"In 93% of the cases, the overcharge as a percentage of the **cartel** price is above zero (as in Connor and Lande 2005). This supports the theory that in most cases the **cartel** overcharge may be expected to be positive, although it also indicates that there is a small but significant proportion of cartels where there is no overcharge (and, as noted above, it may be that the empirical studies tend to focus on cartels that have been operational and that are therefore most likely to have had an impact on the market). Whether a particular **cartel** falls into this category would need to be explored on a case-by-case basis. Oxera used the selected sample of 114 observations to test whether certain characteristics of the cartels in question (such as whether they were international or involved bid rigging) generate different levels of overcharge".*

95.- Para establecer la precisión estadística de una estimación, la Comisión recomienda (Estudio *passing-on*, pp. 204-205) que el margen de error estadístico se ubique en torno al 5%, es decir, que la estimación alcance un umbral estadístico de plausibilidad cercano al 95%.

96.- Puedo entonces razonablemente estimar que, en el 93% de los casos, el **cártel** del que formaron parte las demandadas aplicó un sobrepuesto, al menos, en un umbral superior al 0%. A su vez, la Comisión acepta que el 93% de esos **cárteles** fijan su sobrepuesto, al menos, en un umbral comprendido entre el 0% y el 10% (Oxera, p. 91, fig. 4.1). Esa es la estimación más conservadora posible y también coherente con los márgenes de error estadístico que igualmente recomienda la Comisión en una formulación conservadora de la cuantificación del daño. Dentro de ese estadio conservador, puedo estimar aplicable de la misma manera razonable un porcentaje de sobrepuesto del 5% para la solución del caso, como medida de compromiso entre los umbrales de sobrepuesto mínimos y máximos que intervienen como común denominador del 93% de los **cárteles** que aplican sobrepuestos.

97.- Respecto del abono de intereses, el considerando 12 de la Directiva de daños señala que:

*"La presente Directiva confirma el acervo comunitario sobre el derecho a resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por infracciones del Derecho de la competencia de la Unión, especialmente en relación con la legitimación y la definición de daños y perjuicios, de la forma establecida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y no prejuzga ninguna evolución posterior del mismo. Cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por tal infracción puede solicitar resarcimiento por el daño emergente (*damnum emergens*), el lucro cesante (*pérdida de beneficios o lucrum cessans*), más los intereses, con independencia de si en las normas nacionales estas categorías se definen por separado o conjuntamente. El pago de intereses es un elemento esencial del resarcimiento para reparar los daños y perjuicios sufridos teniendo en cuenta el transcurso del tiempo, y debe exigirse desde el momento en que ocurrió el daño hasta aquel en que se abone la indemnización, sin perjuicio de que en el Derecho nacional esos intereses se califiquen de intereses compensatorios o de demora, y de que se tenga en cuenta el transcurso del tiempo como categoría independiente (*interés*) o como parte constitutiva de la pérdida experimentada o de la pérdida de beneficios. Corresponde a los Estados miembros establecer las normas que deban aplicarse a tal efecto".*

98.- A su razón, las normas nacionales en relación con el art. 1902 CC, es decir, los arts. 1101 y 1108 CC, deben ser interpretadas en el sentido de que la indemnización que se reconoce al actor merece devengar el interés legal computado desde el momento en que sufrió el daño, es decir, desde el momento de compra del **camión**. Sin embargo, la parte actora solo suplica la imposición de intereses desde el momento de interposición de la demanda (art. 218.1 LEC).

99.- Porque estimo un sobrepuesto con aplicación de un porcentaje al precio total de los **camiones** adquiridos por la parte actora, que ya incorporaba cualquier gasto adicional por repercusión total o parcial de los costes de introducción de nuevas tecnologías, la indemnización debe ser considerada única para las dos clases de infracciones en las que esa actora cifraba la producción de daños sufridos.

Séptimo.- Exclusión de la *passing-on defense* .

100.- Por fin, excluyo en el caso el posible efecto derivado de la eventual transmisión de sobrecostes a un tercero, pues la parte demandada no ha articulado convenientemente la defensa *passing-on*. Es cierto que la demandada ha acreditado (bloque documental 3 contestación y ampliación posterior) que los **camiones** en cuestión constan actualmente inscritos a nombre de titular distinto del adquirente original. Todo eso motivó el pronunciamiento del Auto de 17/12/18, mediante el que fue posible obtener facturas de venta de la totalidad de los **camiones**, que fueron revendidos a Scania y la filial española de Renault (tomo IV). A su vez, de los interrogatorios del Sr. Mariano y del Sr. Maximiliano, resulta que la mecánica del mercado de **camiones** frecuentemente comporta la estipulación de un compromiso de recompra en el momento de la venta, de



acuerdo con un calendario de amortización igualmente previsto, compromiso que después el adquirente original del **camión** puede resolver ejecutar o no en función de las ofertas de recompra o renovación de flota que obtenga después. Eso fue al parecer lo que sucedió en este caso, cuando los **camiones** a los que se refiere la demanda fueron adquiridos después por las filiales españolas de Scania y Renault.

101.- Como resolví en el citado Auto de 17/12/18, la defensa del *passing-on* se asienta sobre dos presupuestos: se ha causado un daño y el inicialmente perjudicado lo ha repetido a un tercero.

102.- A su vez, en materia de cargas probatorias para acreditar el hecho de la transmisión del daño, la sentencia del **cártel** del azúcar resolvió en su FJ 5º que:

"Sentado lo anterior, para que los compradores directos no tengan derecho a ser indemnizados por este coste excesivo sería necesario probar que ese daño fue repercutido a terceros, concretamente a sus clientes (lo que en la terminología del Derecho de la competencia suele denominarse como mercados "aguas abajo").

(...)

A falta de una regulación comunitaria específica sobre el resarcimiento de daños y perjuicios en el Derecho de la competencia, la cuestión ha de resolverse aplicando las normas de Derecho interno. Conforme a este, es admisible que aquel a quien se reclama una indemnización de daños y perjuicios causados por un ilícito concurrencial oponga que quien realiza la reclamación no ha sufrido daño alguno pues lo repercutió "aguas abajo". Dado que la indemnización de los daños y perjuicios derivados de una práctica restrictiva de la competencia responde a criterios compensatorios y que también en este campo rige el principio que veda el enriquecimiento sin causa, no es razonable que se indemnice a quien no ha sufrido daño.

Se afirma en los trabajos realizados al respecto en la Unión Europea que la carga de la prueba de los hechos constitutivos del "passing-on" debe recaer sobre la empresa infractora, y que el nivel de la prueba para esta defensa no debería ser inferior al nivel impuesto al demandante para acreditar el daño.

A falta de normativa comunitaria que regule tal cuestión, en nuestro Derecho interno los criterios han de ser similares a los expuestos, por aplicación del apartado tercero del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al tratarse de hechos que impedirían la eficacia jurídica de los hechos constitutivos de la acción. Si los perjudicados por una conducta contraria al Derecho de la competencia ejercitan las acciones pertinentes para hacer efectivo su derecho a ser indemnizados por los daños sufridos como consecuencia de esa conducta ilícita, la carga de la prueba de los hechos que obsten el éxito de la acción corresponde al demandado que los alega".

103.- Aquí la defensa del *passing-on* fracasa por las siguientes razones:

(i) No puedo considerar a las filiales españolas de Scania y Renault como terceros a efectos de articulación de la defensa, cuando su vinculación con las destinatarias de la Decisión es evidente (pese a la falta de firmeza de la sanción a la matriz de Scania), porque así lo considera la propia Decisión en su párrafo 25 (también con remisión aquí a la sentencia dictada en este juzgado en fecha de 20/2/19, asunto Sr. Juan Antonio Vs. Man España).

(ii) No puedo considerar como acto de repetición de sobrecostes por parte de la actora la sola consumación por las demandadas u otras empresas cartelistas de un mecanismo habitual de comercialización de los **camiones**, según la práctica común del mercado en cuestión, practica que estribaba en la previsión de la renovación de los **camiones** adquiridos tras un plazo de amortización igualmente pactado en el momento de la venta.

(iii) En cualquier caso, el solo hecho de la reventa del **camión** no implica acto de transmisión del sobrecoste inicialmente sufrido por el comprador directo. No se trata de transmitir el **camión** a un nuevo adquirente, sino de que se haya producido la transmisión del daño inicialmente sufrido por el perjudicado directo y ahora vendedor, de modo que pueda reconocerse en la posición del comprador indirecto un nuevo perjudicado indirecto. Pero, sin ninguna otra aportación probatoria añadida o valoración pericial que le incumbía desarrollar a las demandadas y que han desatendido tras haber obtenido las facturas de reventa de los **camiones**, la defensa queda vacía de contenido.

Octavo.- Costas procesales.

104.- Sin condena en costas.

En virtud de los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Estimo parcialmente la demanda formulada por Llácer y Navarro S.L. contra AB Volvo y Renault Truck SAS y, a su razón, condeno solidariamente a estas a abonar al demandante una compensación consistente en el 5%



del precio de adquisición de los ciento ocho vehículos que se relacionan en el escrito de demanda, cuantía incrementada en lo que resulte de aplicar los intereses previstos en el art. 1108 CC liquidados desde la fecha de interposición de la demanda según *petitum* del actor o, en su caso, según resulte de la aplicación de los intereses previstos en el art. 576 LEC .

Sin condena en costas.

Frente a la presente cabe interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia, en el plazo de veinte días desde su notificación.

Notifíquese.

Acuerdo, mando y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ