



Roj: **SAP PO 555/2021 - ECLI:ES:APPO:2021:555**

Id Cendoj: **36038370012021100179**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **31/03/2021**

Nº de Recurso: **829/2020**

Nº de Resolución: **195/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**PONTEVEDRA**

SENTENCIA: 00195/2021

Modelo: N10250

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

-

**Teléfono:** 986805108 **Fax:** 986803962

**Correo electrónico:** seccion1.ap.pontevedra@xustiza.gal

Equipo/usuario: PG

**N.I.G.** 36038 47 1 2019 0000519

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000829 /2020**

**Juzgado de procedencia:** XDO. DO MERCANTIL N. 1 de PONTEVEDRA

**Procedimiento de origen:** OR4 ORDINARIO DEFENSA COMPETENCIA-249.1.4 0000270 /2019

Recurrente: RENAULT TRUCKS SA, DEVESA EXPRESS SLU

Procurador: MONTSERRAT FERNANDEZ NAZAR, PATRICIA DIAZ MUIÑO

Abogado: NATALIA GOMEZ BERNARDO, JAIME CONCHEIRO FERNANDEZ

Recurrido:

Procurador:

Abogado:

**SENTENCIA Nº 195/21**

Ilmos Magistrados-Jueces Sres/as.:

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

D. MANUEL ALMENAR BELENGUER

D. JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ

En PONTEVEDRA, a treinta y uno de marzo de dos mil veintiuno

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de ORDINARIO DEFENSA COMPETENCIA-249.1.4 0000270 /2019, procedentes del XDO. DO MERCANTIL N. 1 de PONTEVEDRA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000829 /2020, en los



que aparece como parte **RECURRENTE/RECURRIDO**, RENAULT TRUCKS SA, representado por el Procurador de los tribunales, D<sup>a</sup>. MONTSERRAT FERNANDEZ NAZAR, asistido por el Abogado D. JAIME CONCHEIRO FERNANDEZ, y como parte **RECURRENTE/RECURRIDO**, DEVESA EXPRESS SLU, representado por el Procurador de los tribunales, D<sup>a</sup>. PATRICIA DIAZ MUIÑO, asistido por el Abogado D. JAIME CONCHEIRO FERNANDEZ, sobre Ordinario Defensa Competencia -249.1.4, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de lo Mercantil núm.1, con fecha 31/08/20, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Se ESTIMA PARCIALMENTE la demanda interpuesta por Devesa Express, S.L., contra Renault Trucks SAS, y se CONDENA a la demandada a abonar al demandante en concepto de indemnización por daños, la cantidad total de **65.475,83 EUROS**, junto con el interés legal, que se calculará del modo establecido en el Fundamento Jurídico Sexto. Sin expreso pronunciamiento sobre costas."

**SEGUNDO.-** Notificada dicha resolución a las partes, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, elevándose las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

**TERCERO.-** En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Introducción

1. El recurso versa sobre el ejercicio de una acción de daños consecutiva a la decisión sancionadora de la Comisión Europea recaída en el cártel de los camiones. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda interpuesta por la entidad Devesa Express, S.L., contra *Renault Trucks SAS*, (*Renault*, en adelante). La acción tiene origen en la decisión de la Comisión Europea de 19.7.2016, ("*la Decisión*"), que condenó a la demandada, junto con otras cinco empresas del sector, por infracción del art 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), y del art. 53 del Acuerdo del Espacio Económico Europeo (EEE), por la realización de determinadas conductas contrarias al derecho de la competencia, ejecutadas durante catorce años, en el período comprendido entre el 17.1.1997 y el 18.1.2011.

2. La demanda sostenía que la demandante había adquirido a través de contratos de arrendamiento financiero, 22 camiones de las características de los afectados por la Decisión, durante la vigencia del cártel, (entre los años 1997 y 2008).

3. En justificación de la titularidad de los camiones, la demandante hizo aportación de una documentación heterogénea respecto de cada uno de ellos, (pólizas de leasing, y documentación administrativa: permisos de circulación, fichas técnicas, y certificaciones de la DGT).

4. El importe de la repercusión en el precio de las conductas sancionadas por la Comisión se justificaba en la demanda mediante la aportación de un informe pericial, firmado por doce peritos, (al que en lo sucesivo nos referiremos por el nombre del primer perito que aparece en la relación de autores del dictamen, el Sr. *Saturnino* ). El informe concluía que las conductas colusorias supusieron un incremento del precio bruto en un porcentaje medio durante el período de vida del cártel del 16,35%, por un importe global de 607.489,18 euros, más intereses.

5. La representación demandada se opuso a la demanda, en un extenso escrito, (se avanzaba que la contestación se formulaba *ad cautelam*, al discutirse la eficacia del emplazamiento), en el que comenzaba explicando el sentido de la Decisión, se resumía la demanda, y se avanzaba la tesis principal de que el incremento de precios brutos a consecuencia de la conducta infractora no suponía necesariamente un incremento de los precios netos de venta al público y, en consecuencia, la causación de un perjuicio directo al comprador. Seguidamente la contestación exponía argumentos procesales y materiales que debían conducir a la desestimación íntegra de la demanda. Como argumentos impositivos de un pronunciamiento de fondo se sostenía que los demandantes carecían de legitimación activa y que la acción se encontraba prescrita. Como argumentos de fondo se interpretaba el marco jurídico aplicable y se defendía la falta de concurrencia de los requisitos de aplicación del art. 1902 del Código Civil. La demandada criticaba el informe pericial aportado de contrario y sostenía que cualquier daño presuntamente sufrido por el actor se habría repercutido aguas abajo. Buena parte de estos argumentos se seguirán sosteniendo en segunda instancia, a lo largo del recurso de apelación formulado por la representación de Renault Trucks.



*La sentencia de primera instancia.*

6. Tras el correspondiente resumen de las posiciones de las partes, la sentencia reproduce parcialmente el contenido de la Decisión en su fundamento jurídico segundo, y proclama la legitimación activa a partir de la constatación de tratarse de una acción consecutiva. La sentencia determina el marco jurídico aplicable al caso sobre la base de la argumentación contenida en la sentencia de este órgano 108/2020, de 28 de febrero, y en su fundamento jurídico cuarto la sentencia resuelve las excepciones previas al fondo del litigio; la cuestión se resuelve de la misma manera que otros múltiples litigios sostenidos frente a la misma demandada por parte del juez de instancia: la documentación que sustenta la demanda se considera suficiente por el hecho de la inexistencia de una obligación de conservación de documentación más exhaustiva y por el hecho de que la aportada resulta suficiente a los fines que se pretenden, pues no presenta indicios de irregularidad.

7. La sentencia desestima la excepción de prescripción, y señala que el plazo anual computa desde la publicación de la Decisión, al tiempo que considera que las actoras interrumpieron su cómputo mediante los requerimientos efectuados los días 5 y 6 de abril de 2018, sobre la base de un criterio flexible en la interpretación de las exigencias formales de los actos interruptivos, con cita de otro pronunciamiento de este órgano provincial.

8. El fundamento jurídico quinto justifica la decisión parcialmente estimatoria de la demanda. El juez parte de la presunción de que las conductas descritas en la Decisión son susceptibles de causar el daño, consistente en el incremento del precio de los productos fabricados por las entidades integrantes del cártel, afirmación que se remite al contenido de la Decisión y al informe *Oxera*. El cuerpo principal del extenso fundamento jurídico de la sentencia se dedica a la valoración de los informes periciales aportados por las partes. La sentencia parte de ponderar el contenido del informe pericial emitido por *Saturnino y otros*, y asume la conclusión de que las conductas sancionadas produjeron un sobreprecio en los camiones fabricados durante el período de vigencia del cártel; sin embargo, la sentencia señala determinadas objeciones que impiden al juez tomar como hecho probado el incremento medio postulado en el informe. Las objeciones se refieren a los tres métodos utilizados en el informe y, -sin perjuicio de la referencia más detallada que se efectuará en el apartado correspondiente de la presente resolución-, en general se refieren a la falta de justificación del uso de determinadas variables en el primer modelo, (omisión de la repercusión en los precios de las innovaciones tecnológicas introducidas durante la vigencia del cártel, falta de precisión y de proporcionalidad entre los dos elementos de comparación, en particular por el escaso número del elemento contrafactual de los camiones ligeros, o falta de justificación de los elementos de analogía entre el mercado tomado como elemento de comparación); determinadas imprecisiones que el juez detecta en el método diacrónico, (la referencia a precios netos y no brutos, la falta de referencia a los precios en el momento anterior a la vigencia del cártel, la falta de homogeneidad respecto de la importancia asignada a determinadas marcas de camiones en determinados períodos de tiempo; o el empleo de unidades no homogéneas en la comparación); y las imperfecciones del método de comparación geográfico con los mercados norteamericano y australiano. También apunta la sentencia la circunstancia de que, una vez detectada la existencia del cártel, la empresa demandada dejó de hacer públicos sus precios de lista.

9. La sentencia seguidamente analiza el informe presentado por la parte demandada, (*informe KPMG*). El juez reprocha al informe el partir de la tesis de que las conductas sancionadas no consistieron en un acuerdo para incrementar precios brutos, así como de la premisa de que la fijación de los precios brutos no tiene repercusión en los precios netos. El juez critica también el método utilizado en el informe y las razones aportadas por los peritos para descartar otros métodos incluidos en la *Guía Práctica*, y destaca que el método en que se basa la pericia, -denominado análisis de regresión econométrico-, se ha basado en datos aportados exclusivamente por los demandados, amén de referirse tan sólo a determinado período de vigencia del cártel (2003-2016), sin justificación suficiente. Finalmente, la sentencia reprocha a la demandada no haber recreado un escenario hipotético ni una estimación razonable que justifique la tesis de la inexistencia del sobreprecio. La sentencia objeto de recurso vuelve a hacer cita de la de esta Sala, y sobre esta base, con la transcripción de los argumentos de dicha resolución, concluye que la cuantificación razonable del perjuicio se identifica con un porcentaje del 5% de sobreprecio en relación con el precio de cada camión afectado, a consecuencia de las conductas imputadas a las empresas participantes en el cártel, suma que se verá incrementada con el interés legal desde la fecha de adquisición de cada camión, momento en el que se generó el perjuicio. La sentencia también rechaza que el sobreprecio hubiera podido absorberse aguas abajo, y condena al pago del interés desde la fecha de la adquisición de cada camión.

10. Contra la sentencia de primera instancia han interpuesto recurso de apelación ambas partes litigantes.

*Recurso de apelación formulado por la representación demandada.*

11. El recurso se estructura sobre seis motivos que, en esencia, reproducen los mismos argumentos del escrito de contestación: la errónea estimación de efectos interruptivos de la prescripción a las reclamaciones



extrajudiciales realizadas por las actoras; la aplicación retroactiva por la sentencia de la Directiva, cuando esta norma resulta inaplicable por razones temporales, y la incorrecta aplicación del art. 1902 sustantivo; la incorrecta presunción de la causación de daños por las conductas objeto de sanción; la indebida valoración del daño por aplicación del principio de los daños *in re ipsa*; la concesión de una indemnización con infracción de las reglas de congruencia, con incongruencia *extra petita*, por haber fijado la indemnización sobre la base de resoluciones dictadas por otros tribunales; la errónea valoración del informe de la parte demandada; y finalmente, la denuncia por haber incurrido la sentencia en incongruencia *ultra petita*. Como se ve, algunos de los motivos que enuncia el apartado preliminar del recurso, y que profusamente se desarrollan a lo largo de su contenido, reiteran los mismos argumentos, por lo que permitirán un tratamiento conjunto en la presente resolución. Para la resolución del recurso, dada la extensión de los escritos presentados por las partes, optaremos por exponer los razonamientos de cada parte con mayor detalle al tratar de cada uno de los motivos que fundamentan la impugnación de la sentencia, que agruparemos sistemáticamente, para llegar a la conclusión de la desestimación del recurso del actor y a la estimación parcial del interpuesto por la representación demandada.

*Recurso de apelación formulado por la representación demandante.*

12. El recurso presentado por la representación demandante se centra en la impugnación del pronunciamiento relativo a la cuantificación del daño, tras ilustrar sobre la capacidad de la sala de apelación para revisar la valoración de la prueba realizada por el juez de primera instancia. Por tal razón, el recurso critica los motivos esgrimidos por el juez para restar fuerza probatoria al dictamen pericial del demandante, ofrece su particular explicación sobre cada uno de los defectos que la sentencia identifica en dicho dictamen, y justifica las razones, genéricas y específicas, por las que los métodos de valoración del daño empleados por los peritos de la actora deben ser tenidos como la prueba del porcentaje de sobreprecio experimentado en la adquisición de cada camión. El recurso también considera infringidos los arts. 101 TFUE, 72 LDC, y la jurisprudencia del TJ sobre el principio de efectividad, así como el art. 1902 del Código Civil.

*Valoración de la Sala.*

13. La *Decisión* ha generado un fenómeno de litigiosidad en masa que ha determinado hasta la fecha de más de 40 resoluciones de este órgano provincial, recaídas sobre la base de hipótesis de hecho idénticos o sustancialmente coincidentes con el que ahora se somete a nuestro conocimiento. En esta situación consideramos una exigencia evidente que el respeto al principio general de la seguridad jurídica, -que demanda la previsibilidad de la respuesta judicial ante problemas idénticos-, obliga a razonar del mismo modo en cuanto a la determinación general del objeto del proceso, la determinación del marco jurídico aplicable, así como sobre los elementos necesarios para el éxito de la acción puesta en juego por el demandante, en un contexto de litigiosidad en masa. El respeto al art. 14 de la Constitución impone idéntica exigencia, lógicamente sin perjuicio de la obligación del juez de analizar las peculiaridades de cada caso, de valorar los específicos medios de prueba aportados a cada proceso, y de dar respuesta individualizada a los concretos argumentos expuestos por cada litigante.

14. Aunque no resulten de aplicación directa ni la Directiva de daños, ni la norma española de transposición, -ni tampoco el principio comunitario de interpretación conforme-, ello no impide razonar en la forma que lo hace la sentencia de primera instancia, en aplicación de la normativa nacional, en particular en relación con la presunción de daños por infracciones al derecho de la competencia. En el plano material, la norma jurídica aplicable para resolver el litigio viene constituida por el art. 1902 del Código Civil, como norma nacional de articulación de las acciones de daños derivadas de las infracciones privadas del Derecho de la competencia (cfr. STS 651/2013, de 7 de noviembre, *cártel del azúcar*). Estas acciones encontraban fundamento en la jurisprudencia comunitaria antes de la promulgación de la Directiva (SSTJ 20.9.2001, *Courage*, C-453/99, y 13.7.2006, *Manfredi*, C-295 y 298/04, entre otras), que enlazaron las acciones de daños con el Derecho primario ( arts. 80 y 81 TCEE, hoy arts. 101 y 102 TFUE). Y de dicha doctrina jurisprudencial, nacional y comunitaria, resulta posible inferir reglas de interpretación de los requisitos de aplicación del art. 1902 sustantivo singulares o específicas en el ámbito del Derecho de la competencia, que cubren los dos aspectos en discusión: presunción y cuantificación del daño. También se tendrá en cuenta, con el carácter orientativo que le es propio, la *Guía Práctica*.

15. Dentro de este marco jurídico, venimos sosteniendo en numerosas resoluciones la validez y vigencia de la presunción de la causación del daño a consecuencia de la conducta colusiva de los cárteles, y la posibilidad de la estimación judicial del daño en los casos de dificultad probatoria para su cuantificación, como principios plenamente vigentes en la interpretación del art. 1902. Y en todo caso, sostendremos que, aunque no se parta de una presunción legal, el mecanismo procesal de las presunciones permitirá afirmar que, en las particulares circunstancias del caso, una conducta como la sancionada por la *Decisión* tuvo necesariamente que repercutir en el precio final, causando un perjuicio al adquirente del camión. Esta afirmación inicial, como se detallará



más adelante, socava el valor probatorio de las conclusiones sentadas por el dictamen de la parte demandada, que parte de la conclusión opuesta y que intenta convencer sobre que las conductas sancionadas no causaron perjuicio alguno a los adquirentes de los camiones.

#### *Prescripción.*

16. La prescripción históricamente es interpretada de forma restrictiva por los tribunales, al no tratarse de una institución basada en la justicia material o intrínseca, sino en exigencias derivadas de la seguridad jurídica, (por todas, entre las más recientes, puede verse la STS 142/2020, de 2 de marzo). La clave de la cuestión está en comprobar si se ha producido el "*silencio de la relación jurídica*" durante el tiempo legalmente establecido. Los actos interruptivos de la prescripción también se interpretan ordinariamente con un criterio de flexibilidad, bastando que conste la voluntad inequívoca del acreedor de mantener vivo su derecho, sin necesidad de que revistan una forma determinada; tanto el recurso como su contestación ilustran suficientemente sobre la doctrina jurisprudencial recaída en la materia. El Código Civil, en su art. 1973, se apartó del Proyecto de 1851 y de la solución acogida por buena parte de las legislaciones del entorno, y admitió la interrupción extrajudicial de la prescripción, sin exigir ningún requisito de forma adicional.

17. La recurrente no insiste en la tesis, planteada en el escrito de contestación, respecto de la determinación del *dies a quo* del plazo prescriptivo anual, que desde este tribunal hemos entendido invariablemente que comenzaba el día de la publicación de la Decisión en el diario oficial, tal como asume la sentencia de primera instancia. La clave de la cuestión está en comprobar si se ha producido el "*silencio de la relación jurídica*" durante el tiempo legalmente establecido. Los actos interruptivos de la prescripción también se interpretan ordinariamente con un criterio de flexibilidad, bastando que conste la voluntad inequívoca del acreedor de mantener vivo su derecho, sin necesidad de que revistan una forma determinada; tanto el recurso como su contestación ilustran suficientemente sobre la doctrina jurisprudencial recaída en la materia.

18. Para dotar de eficacia interruptiva a los actos realizados por el acreedor, lo relevante es identificar una voluntad de conservación de la acción, en atención a las concretas circunstancias en que se realiza el acto interruptivo. Los argumentos del recurso ya los hemos tratado en múltiples ocasiones anteriores, en casos idénticos al que ahora ocupa. La comunicación fue remitida por un despacho de abogados en nombre de una pluralidad de perjudicados, lo que resulta enteramente conforme a la naturaleza de las cosas en litigios de esta clase. No consideramos necesario que en estos actos de interrupción de la prescripción quien se presenta como acreedor tenga que acreditar cumplidamente su legitimación, tanto más en un supuesto como el de autos, donde la legitimación constituye uno de los medios de defensa sistemáticamente empleados por los demandados frente a las reclamaciones de los perjudicados; adelantar este debate al momento del acto interruptivo carece de sentido, pues en lógica coherencia con la postura procesal de la demandada, la legitimación de quien anuncia el futuro ejercicio de la acción resultará rechazada. No resulta lógico exigir para interrumpir la prescripción la aportación de los documentos que acreditan la legitimación.

19. La clave está en que el acto de interrupción debe identificar el derecho que se pretende conservar, de manera que el deudor no tenga dudas de la voluntad inequívoca de sostener la acción; la jurisprudencia ofrece múltiples ejemplos sobre la finalidad de estos actos de interrupción, exigiéndose que el deudor exteriorice su voluntad e identifique el derecho. En el caso, insistimos en que se acepta que en la relación de perjudicados figuraba la demandante, y el contenido de la comunicación resultaba inequívoco en relación con la clase de acción que se pretendía entablar. Al recibir la comunicación, las empresas fabricantes afectadas por la *Decisión* tomaban conocimiento fehaciente de que los que se identificaban como perjudicados pretendían conservar sus acciones, sujetas a un plazo breve de prescripción; y si se presentaban como perjudicados no podía ser por otro motivo que por el hecho de aparecer como titulares de vehículos afectados por las conductas sancionadas por la *Decisión*; lo relevante, por tanto, era el cuerpo del escrito, que inequívocamente identificaba la acción, y el hecho de ser titular de un número determinado de vehículos, lo que permitía conocer a la requerida la eventual importancia cuantitativa de la reclamación. En definitiva, la finalidad del acto interruptivo se cumplía suficientemente, sin que puedan exigirse a esta clase de actos los mismos requisitos de identificación de la acción afirmada que deben cumplir las demandas. El rechazo sistemático a admitir el pago de indemnización alguna por parte de las empresas del cártel, confirma esta forma de ver las cosas. En suma, las comunicaciones remitidas los días 5 y 6 de abril de 2018 fueron eficaces para interrumpir la prescripción. Se desestima el motivo.

#### *Cuestión de fondo: la relación causal y la presunción de daño.*

20. La resolución del fondo de las cuestiones planteadas por la apelante obliga a partir del criterio fijado por este órgano jurisdiccional en anteriores resoluciones, en las que nos hemos enfrentado exactamente con el mismo problema. Por tal motivo reproduciremos a continuación, con las precisiones que el caso exige, los criterios que esta Sala de apelación viene manteniendo para proclamar el éxito parcial de la acción de



daños, dando con ello respuesta a los motivos que consideramos nucleares del recurso de apelación. Esta argumentación conducirá a la confirmación de la sentencia recurrida, en la medida en que se conforma con el criterio de la Sala. Nótese que los dos dictámenes enfrentados son también exactamente coincidentes con los aportados por las partes en anteriores procesos en los que, en función de las peculiaridades de cada caso, fijamos criterio sobre la valoración que nos merecían las opiniones de los técnicos, que reproduciremos más abajo.

21. El recurso insiste en la tesis, -profusamente expuesta por las entidades integrantes del cártel-, de que la *Decisión* no sancionó una infracción por sus efectos, sino por el objeto, y de ella no deriva en modo alguno la existencia de daños a los particulares adquirentes de los camiones. Contrariamente a lo que argumenta el recurso, consideramos que la conducta sancionada por la *Decisión*, -la publicación de la *Decisión Scania* nos confirma en esta forma de ver las cosas-, consistió en la adopción de acuerdos colusorios sobre fijación e incrementos de precios de lista o precios brutos de los camiones afectados, y sobre el calendario y repercusión de los costes para la introducción de tecnologías de emisiones. Es cierto que la *Decisión* no afirma que estos acuerdos hubieran supuesto un incremento de precios netos y, en consecuencia, de ella no se sigue necesariamente que todos los camiones afectados por la *Decisión*, y durante todo el tiempo que permaneció vigente el cártel, hubieran experimentado un sobreprecio, con relación al precio que hubieran tenido en el caso de no haber existido la conducta anticompetitiva, pero esta relación la entenderemos acreditada, por las razones que expondremos a continuación.

22. La coordinación entre el aspecto privado del Derecho de la competencia y su tradicional vertiente pública, exige determinar las relaciones entre las decisiones sancionadoras impuestas por las autoridades de competencia, comunitarias y nacionales, y los presupuestos de las acciones privadas de daños. Esta cuestión se encuentra hoy expresamente regulada en el art. 75 de la LDC, en línea con lo previsto en el art. 9 de la Directiva, y en el art. 16 del Reglamento 1/2003, que recoge el criterio que había establecido el TJ en la sentencia de 14 de diciembre de 2000, (C-344/98). Con independencia de lo dicho más arriba sobre la imposibilidad de la aplicación al caso de la Directiva y de la ley española de transposición, no dudamos sobre el carácter vinculante del contenido de la *Decisión* respecto de la descripción de las conductas imputadas a las empresas sancionadas, y sobre la calificación de tales conductas como violaciones del Derecho europeo de la competencia. La peculiaridad de que la *Decisión* fuera dictada en un procedimiento de transacción también es relevante, por varias razones, entre ellas porque su contenido es fruto de la expresa asunción por las partes sancionadas, de manera que en ese marco no resulta posible diferenciar entre hechos accesorios o esenciales a efectos de determinar la vinculación de determinadas apreciaciones, tal como han tenido ocasión de apreciar otras jurisdicciones, (cfr. sentencia *Court of Appeal, civil division*, 11.11.2020, [2020] EWCA Civ 1475; por su parte, la reciente sentencia de 23.9.2020 del Tribunal Supremo alemán, (ECLI:DE:BGH:2020:230920UKZR35.19.0, razona en el mismo sentido).

23. En esencia, la conducta sancionada consistió en la adopción de acuerdos colusorios sobre fijación e incrementos de precios brutos de los camiones afectados, (la *Decisión Scania* precisará que el intercambio de información supuso también una forma de coordinación para la fijación de precios brutos en el futuro, a través del intercambio de información sobre su aplicación, considerando 215), y sobre el calendario y repercusión de los costes para la introducción de tecnologías de emisiones. Pero como sostiene la parte apelante, la *Decisión* no afirma que estos acuerdos hubieran supuesto un incremento de precios netos y, en consecuencia, de ella no se sigue necesariamente que todos los camiones afectados por la *Decisión*, y durante todo el tiempo que permaneció vigente el cártel, hubieran experimentado un sobreprecio, con relación al precio que hubieran tenido en el caso de no haber existido la conducta anticompetitiva. La determinación de la existencia misma del daño constituye, por tanto, el primer presupuesto para el éxito de la acción, y el núcleo principal del objeto del proceso.

24. La sentencia objeto de recurso afirma la existencia del daño como necesariamente derivado de la *Decisión*. La sentencia hace mención al informe *Oxera*, encargado por la Comisión, ("*Quantifying antitrust damages. Towards non binding guidance for courts*", 2009), según el cual en el 93%, -en una horquilla entre el 70% y el 5% de sobreprecio-, de los casos los cárteles aplican precios *inflados*; también razona el juez que, si hubo acuerdo sobre fijación de precios brutos, ese incremento necesariamente, en mayor o menor medida, se tiene que trasladar a los precios finales. Esto supone que hay casos de cárteles que no producen tales efectos, pues claramente el informe es un "*meta-estudio*" que combina fuentes muy diferentes, pero ello no es razón suficiente para su desestimación. Sin embargo, aceptado que existe una presunción derivada de estudios empíricos de que los cárteles producen daños, en la lógica de la distribución de la carga de la prueba civil, corresponde a quien sostiene la excepción acreditar que, contrariamente a la experiencia general, se está en presencia de uno de estos casos excepcionales en los que un cártel se forma para desarrollar una conducta inocua para el mercado. La participación en el cártel convertía a la empresa cartelista en responsable de evitar los costes de su conducta, sin que resulte preciso indagar si incurrió o no en un comportamiento negligente,



que viene ya afirmado en la Decisión. Estos criterios son generalmente compartidos por las decisiones de nuestros tribunales, (insistimos, la práctica totalidad de los cientos de sentencias dictadas por las audiencias provinciales), según es notorio, y la sentencia recurrida se enmarca en esta forma de razonar, al sostener que un comportamiento como el descrito en la *Decisión* sólo resulta entendible si las empresas que intervienen en el cártel obtienen un beneficio, y concluía que el precio final, por más que puedan intervenir variables diversas en su fijación, siempre será más alto si se parte de un precio de lista superior al que hubiera resultado de concurrir libremente las empresas en el en el mercado, sin intercambios de información.

25. Desde este Tribunal venimos afirmando que, por numerosas que sean las dificultades que el mercado de camiones opone a la existencia de prácticas concertadas entre competidores, lo cierto es que las empresas integrantes del cártel llevaron a cabo durante catorce años intercambios de información sobre precios de lista, y sobre fijación de precios brutos futuros, y este comportamiento es inexplicable si no se obtenía beneficio alguno. Las singulares características del mercado ya fueron tomadas en cuenta en la propia Decisión (vid. párrafos 26 y ss. de la versión original), y precisamente por estas circunstancias, -en particular, por el alto grado de transparencia del mercado-, la conducta de intercambio de información sobre precios brutos resultaba singularmente grave. Y por virtud de esta conducta, -según se sigue del párrafo 47 de la *Decisión*-, las empresas participantes en el cártel estaban en condiciones de calcular el precio neto de venta al público de los camiones; por tanto, nos parece que la propia *Decisión* asume la constatación de que el precio bruto está en la base de fijación de los precios netos, lo que se completaba con el intercambio de información sobre los sistemas de configuración de los camiones, por lo que la transparencia del mercado, a la que alude el informe pericial, quedó notablemente reducida a consecuencia de las conductas sancionadas. La *Decisión* también describe, -párrafos 52 y ss.-, conductas colusorias de fijación de precios, con ocasión de la entrada del Euro (en particular, se describe el acuerdo de incrementar los precios brutos en el caso del mercado francés). También el apartado 59 de la *Decisión* es ilustrativo sobre el sistema de intercambio de información sobre incremento de precios brutos. Y precisamente, por el efecto distorsionador del mercado que presentan estas conductas, son subsumibles en las hipótesis de hecho de los arts. 101.1 TFUE y 53 EEA (vid. apartado 75). Que lo sancionado es un comportamiento constituido por una infracción sobre el objeto (vid. apartado 82) constituye una evidencia, pues a la autoridad comunitaria le basta con la constatación de que existió una restricción de la competencia, sin necesidad de cuantificar sus efectos, pues el objeto del cártel es restringir, evitar, o falsear la competencia; pero que los acuerdos sobre los precios brutos constituyen una de las conductas con más eficacia de distorsión del mercado es un hecho que también constata la propia *Decisión* (apartado 81), y que nos resulta notorio.

26. A partir de aquí, razonar que los intercambios de información, y el normal alineamiento de precios que necesariamente tuvo que producirse, constituyen comportamientos inocuos para la formación de los precios finales, sin repercusión alguna para el consumidor final, constituye una línea de razonamiento que no estamos en condiciones de aceptar, por más que sorprenda a la recurrente. No resulta necesario justificar la presunción del daño derivado de la colusión en la fijación de precios brutos en la existencia de una regla positiva que, precisamente, establezca que las conductas cartelizadas causan daños. Dicha presunción, positivizada con carácter general en la Directiva y en la norma nacional de transposición, (por más que no resulten directamente aplicables al caso), no es más, -repetimos-, que la incorporación al texto positivo de una máxima de experiencia, sustentada en los aludidos macro-estudios empíricos (el citado informe *Oxera*, y el informe *Smuda*, de 2012, entre otros muchos que cita el dictamen demandante) y constatada por el TJ ( *Courage*, *Manfredi*, *Kone*, entre otros), y por el TS, y es constatada también por resoluciones de jurisdicciones de países del entorno. Es cierto que no es lo mismo un cártel de insumos o de materias primas que un cártel de productos que incorporen una intensa actividad de elaboración, de tecnología, y de transformación, y que el mercado de camiones es un mercado distinto al del azúcar, o al de otros productos, de la clase que sean. Pero presumir que la mayor transparencia en el mercado, -insistimos, en un mercado caracterizado por la transparencia-, mediante el intercambio de precios brutos o de lista permitía mantener éstos en un nivel más elevado que el que resultaría de la libre competencia, nos parece consustancial a la conducta que describe la Decisión.

27. De la misma forma, intentar convencer de que la determinación de los precios brutos no tiene relevancia alguna en la fijación del precio neto final al consumidor, es esfuerzo baldío a criterio de este órgano de apelación. En la misma línea de razonamiento se han movido la práctica totalidad de las resoluciones judiciales dictadas hasta el momento en toda la geografía española. La propia *Guía Práctica de la Comisión* (apartado 140), explicita de forma similar la obviedad de que las empresas integrantes del cártel esperan que éste produzca efectos sustanciales en el mercado en términos de beneficios a costa de sus clientes, pues de lo contrario ninguna empresa asumiría los riesgos derivados de tal actuación.

28. Finalmente, la evolución y singularidad de los descuentos que se aplican a los precios de lista tampoco nos parece que desmienta la presunción de que el precio final se ve determinado por el precio bruto, como elemento inicial de la cadena de determinación del precio final, y que, en consecuencia, los incrementos del precio bruto



tienen que traducirse forzosamente en incrementos de aquél, pues cuanto más alto sea el precio bruto de salida, mayor margen de maniobra existe en la negociación para el fabricante. Es esta una cuestión que podrá afectar a la concreta cuantificación del daño, pero no destruye la presunción de que el precio final tuvo que verse incrementado por las conductas anticompetitivas, y que, si no hubiera sido por el cártel, los precios de los camiones en destino hubieran sido inferiores. Si el intercambio de información sobre precios brutos y la decisión para su subida concertada fueran inocuos para el mercado, no se hubiera sancionado por infracción de las normas de competencia en virtud de la asunción por los propios fabricantes en un procedimiento transaccional, y si los cartelistas coludían en la fijación y aumento de dichos precios, es lógico pensar que lo hacían porque ello tenía algún efecto sobre los precios de las transacciones con los compradores de los camiones. Estas son las razones esenciales de nuestra convicción, que el recurso no ha conseguido enervar.

#### *Cuantificación del perjuicio.*

29. Como señala el considerando 45 de la Directiva, la cuantificación del perjuicio en casos de infracción del Derecho de la competencia puede constituir un obstáculo significativo para el éxito de la acción de daños y, por tanto, para la eficacia del sistema, pudiéndose comprometer los principios de efectividad y equivalencia, tal como razona también el considerando 46, y reitera la Guía Práctica en su párrafo 2, con cita de las sentencias *Manfredi* y *Courage*. Precisamente el entendimiento de que el principio de efectividad, y la necesidad de incrementar la seguridad jurídica, se veían comprometidos en acciones de esta clase, es por lo que se estimó conveniente la difusión, con carácter indicativo, antes de la Directiva, de los principales métodos y técnicas para cuantificar el perjuicio, según expresa la *Comunicación de la Comisión* de 13.6.2013. En estos razonamientos se fundamentan los apartados segundo y tercero del recurso de apelación del demandante, con invocación del art. 101 TFUE, tal como fue interpretado en la STJ 5 de junio de 2014, *Kone*, C-557/12. Se trata de un principio general que debe ser tenido en cuenta a la hora de interpretar las normas nacionales, -en nuestro caso el art. 1902 del código sustantivo-, pero del que, como se verá, no se sigue necesariamente que cualquier estimación pericial del daño deba ser asumida por la jurisdicción.

30. Para cuantificar el perjuicio se ha contado en el pleito con dos informes periciales, como se viene repitiendo: el informe *Saturnino y otros*, y el informe aportado por la demandada, elaborado por KPMG. El juez de lo mercantil ha desechado ambos informes, tras un estudio exhaustivo de su contenido; en esta tesitura, la sentencia recurrida acude legítimamente al criterio de la fijación judicial del daño, ante las dificultades probatorias de su exacta cuantificación, técnica que no resulta ajena al sistema del art. 1902, ni supone que el juez se arroge facultades exorbitantes. Por tanto, las quejas del recurrente sobre la vulneración del art. 217 procesal no las compartimos, como ya hemos tenido ocasión de razonar en diversos pronunciamientos anteriores, en los que resolvimos recursos que empleaban idéntico argumento. No es está ante un supuesto de insuficiencia probatoria absoluta, o ante una desatención flagrante de la carga de la prueba, ni ante un incumplimiento por el juez de las reglas de distribución de dicha carga en supuestos de insuficiencia probatoria. La carga de la prueba la agotó el actor con la presentación de un completo dictamen pericial, cuyas conclusiones no se han aceptado en la jurisdicción de instancia por las razones que en seguida exponremos, pero ello no supone que quede vedada la posibilidad de la estimación judicial del daño.

31. Estos razonamientos sirven también para salir al paso del que se identifica como motivo cuarto del recurso de la demandada. El juez de instancia no ha fundado su criterio en ningún dictamen no aportado a los autos; en el estado actual de la cuestión, es notorio para la comunidad jurídica que existen cientos de pronunciamientos judiciales en dos instancias, sentencias extranjeras, y aportaciones doctrinales sin cuento, que han ido formando un cuerpo de doctrina que permite sólidamente fijar criterio sobre las cuestiones planteadas; por ello, que el juez de instancia explicita su criterio del modo que lo hace la sentencia recurrida no causa indefensión de ninguna especie, del mismo modo que lo vienen haciendo todos los órganos jurisdiccionales a lo largo del territorio español. Si bien se miran las cosas, las propias defensas de las partes han realizado constantes referencias a litigios anteriores a lo largo de todo el proceso, e intentan reiteradamente aportar como prueba documental resoluciones de tribunales dictadas a lo largo y ancho de la geografía nacional, en función de la proximidad de cada resolución con sus respectivos argumentos.

32. La sentencia de primera instancia ha rechazado, como venimos repitiendo, el valor probatorio de los dos dictámenes aportados al proceso. Una de las características de esta clase de litigios en los que se ejercitan acciones consecutivas o *follow-on*, es la existencia de una pluralidad de perjudicados que reclaman sobre la base de una misma conducta infractora. Por razones que no interesan, los millares de demandas presentadas en los juzgados mercantiles lo han sido, en su gran mayoría, individualmente por cada perjudicado, resultando hecho notorio que los transportistas miembros de las asociaciones regionales, nacionales y sectoriales vinculadas a la Confederación Española de Transporte han encargado la defensa de sus intereses a la misma firma de abogados que representa en nuestro caso al demandante. En consecuencia, resulta sólito que en estos procesos se presenten idénticos dictámenes periciales, que por su coste y complejidad sólo





pueden obtenerse a partir de las economías de escala generadas por una multitud de litigios. Ello no supone ninguna patología, -aunque sí una peculiaridad en relación con otros procesos-, del mismo modo que, como sosteníamos más arriba, en lógica consecuencia, las resoluciones de los órganos judiciales en muchos casos reproducen razonamientos igualmente válidos para un vasto número de procesos, en respuesta a idénticos argumentos. Y estas mismas circunstancias han determinado que los dictámenes presentados inicialmente, en los primeros litigios, se hayan visto sustituidos por nuevas opiniones técnicas sustentadas sobre métodos diversos que, en buena medida, salen al paso de las deficiencias observadas en litigios anteriores por parte de la jurisdicción, y que se ven sucesivamente ampliadas al compás de los sucesivos pleitos. Por estos motivos, resulta perfectamente justificado que el juez de instancia comience su razonamiento alabando el dictamen presentado por el actor, por entender que, al menos en una primera aproximación, se ajusta con mayor rigor a los criterios de la *Guía Práctica* que otros de los que ha conocido el mismo juzgado, (incluso, se dice, a los criterios generales fijados por la CNMC, en su guía de 30 septiembre de 2018), en la multitud de litigios que versan exactamente sobre el mismo objeto.

33. El dictamen del demandante propone un modelo complementario, de contraste, o de apoyo, (denominado en el dictamen " *modelo econométrico diacrónico*"), que opera sobre una muestra de 5.396 compras de camiones y, en consecuencia, trabaja con precios netos, lo que constituye la primera crítica del juez de instancia, al insinuar que no se trata de magnitudes comparables; también critica la elección de los segmentos temporales utilizados para el análisis, así como la elección de la muestra, en la que se ven afectadas diferentes marcas sin un criterio homogéneo de elección. La crítica se completa con otras incertidumbres, relativas al uso de unidades de medida no homogéneas, o a la elección de los distintos componentes de la muestra. Finalmente, la sentencia apunta algunas incertidumbres respecto al método geográfico de comparación, en especial en relación con el mercado australiano.

34. En su momento consideramos que constituía novedad del dictamen *Saturnino y otros*, en relación con el empleo del método comparativo, el haber partido de datos de precios brutos de los camiones afectados durante el período del cártel para construir el escenario sin infracción o contrafactual. La conformación de la base de datos con la que se actúa viene integrada por la evolución de los precios brutos de 5.843 camiones, precios que se dicen aportados por los propios fabricantes a la revista de la Confederación Española de Transporte de Mercancías, (CETM), y que resultan de acceso público. Estos datos, -y es esta la segunda característica esencial del dictamen-, son objeto de comparación con la evolución de los precios observada durante el cártel en el que se propone como mercado análogo no cartelizado, identificado con el mercado de camiones ligeros, que se conforma con una muestra de 569 transacciones, que se afirma también facilitada por la misma asociación. Aplicando un modelo econométrico que se detalla en los apartados 7.1.3 y .4, el dictamen obtiene un porcentaje de sobreprecio segregado cronológicamente para cada uno de los años de vigencia del cártel, que justifica con la explicación de que cuanto más se perfecciona el cártel en su funcionamiento, mayor incidencia consigue en la evolución de los precios brutos.

35. La analogía del mercado, o del escenario sin infracción, resulta justificada por los autores del dictamen en la afirmación de que la diferencia entre las dos categorías de vehículos, (ligeros, frente a medios y pesados), por la razón esencial de que esta división obedece a criterios puramente discrecionales, sin base objetiva, al punto de que otras fuentes normativas de la Unión Europea y nacionales, clasifican los camiones en función de su peso en categorías diversas. No sucedería lo mismo respecto del contrafactual del mercado de furgonetas, en el que los peritos reconocen que operan otras marcas y que obedece a otras variables, produciendo un resultado sensiblemente superior de incremento de precio medio, (19,87%). Por este motivo, este elemento de comparación resulta rechazado. La cuestión sobre la comparabilidad de los mercados, como sucede de forma natural en el método elegido, resultará una de los puntos esenciales de la discusión.

36. Los datos del mercado cartelizado, (que en otro lugar alude a datos de 11.752 vehículos) sólo llegan a 2010, (se aportan datos entre 1998 y 2010, y no se toman posteriores porque se dice que no fueron ya facilitados por los cartelistas a la asociación); por su parte, el contrafactual toma los precios brutos de 569 camiones ligeros, (entre 3 y 6 Tm), relación que comprende, según se dice, la totalidad de las transacciones realizadas en dicho período. El dictamen explica que, en un análisis preliminar, se opta por tomar un precio no por vehículo, sino por unidad de potencia, con la explicación de que se trata de la principal variable que determina el precio de un camión; la gráfica de la fig. 16 muestra la conclusión partida de un crecimiento sostenido de los precios del mercado cartelizado, por contraste a la mayor estabilidad del mercado de camiones ligeros en el mismo período.

37. La aproximación anterior se corrige en el dictamen con una regresión econométrica, para apreciar las relaciones entre las distintas variables que influyen en la determinación del precio bruto, (se han tomado a tal fin las siguientes variables: potencia, masa máxima autorizada, marca, norma euro, y tiempo, vid. pág. 67 del informe); sobre los datos elegidos se construyen dos fórmulas econométricas inasequibles para el profano, -



y que como luego se verá presentan componentes desemejantes, con el uso de una magnitud constante que será objeto de discusión-, y se aplica finalmente la fórmula del mercado no cartelizado al mercado cartelizado, (vid. figura 17, pág. 70), obteniéndose así el precio que debería haberse pagado de no haber mediado el cártel, en un régimen de competencia, y con todo ello se obtiene la conclusión de que el sobreprecio medio durante todo el cártel, (la inclusión del año 1997 resultará también discutible), es del 16,35%. El dictamen insiste, como lo hace el recurso de apelación de la parte demandante, en la corrección y robustez de las estimaciones econométricas.

38. La clave de los métodos comparativos es la elección de un mercado distinto pero similar al del mercado cartelizado, en el que puedan observarse los rasgos de un escenario sin infracción. Por tanto, un primer elemento de análisis obliga a indagar las razones por las que se ha elegido este segundo escenario, y comprobar si efectivamente se trata de un mercado análogo o similar, que recree un modelo de comparación válido, en el sentido expresado en el apartado 37 de la *Guía Práctica*. La tesis de partida del dictamen *Saturnino* es tan simple como aparentemente lógica: nada hay más parecido a un camión que otro camión, de modo que el mercado de camiones medianos y pesados, (cartelizado), se tiene que comportar de forma análoga al mercado contrafactual de camiones ligeros, no cartelizado. Sobre esta premisa se construye un modelo econométrico a partir de diversas variables, como explica dictamen en su apartado séptimo.

39. Es evidente que la analogía no implica identidad, pero es carga del demandante convencer sobre el hecho de que, efectivamente, ambos escenarios, el real y el contrafactual, resultan análogos. Entre las similitudes puede afirmarse, - además de la obviedad de que ambos productos son camiones-, que se trata de productos complejos, que utilizan similares insumos y presentan semejantes características técnicas. Sin embargo, no estamos seguros de que esta comparabilidad de mercados sea tan intensa como la parte demandante sostiene. También tenemos dudas sobre la fiabilidad de las bases de datos utilizadas por los peritos demandantes, ante las insuficiencias informativas de que adolecen los listados de la revista CETM. Según la *Guía Práctica*, (apartado 55), el grado de competencia, el coste, y las características de la demanda son elementos a tener en cuenta a la hora de comparar los modelos. En este sentido, en el mercado de camiones ligeros operan compañías ajenas al EEE, -se llega a decir que su presencia es precisamente el dato que explica por qué no se coludió en los precios-, por lo que las cuotas de mercado de las empresas del cártel no resultan coincidentes en ambos mercados. Podemos compartir que, efectivamente, el mercado de camiones ligeros, de 4 ó 5 Tm, pueda resultar similar al de camiones medianos, de 6 u 8 Tm, pero a medida que los términos de la comparación se alejan, el grado de analogía forzosamente disminuye, hasta probablemente desaparecer, (intuitivamente puede afirmarse que el mercado de camiones de 3 Tm tiene poco en común con el de camiones pesados, de más de 20 Tm por ejemplo); por ello, los análisis de mercados relevantes contenidos en las decisiones de la Comisión a que se refiere la parte demandante, deben tomarse con cautela. Tampoco se explica suficientemente si las exigencias de implantación tecnológica en ambos mercados son similares, ni que el circuito de comercialización sea coincidente, o que, como acabamos de indicar, las necesidades del comprador se satisfagan de forma similar con unos u otros productos, (es obvio que no puede sostenerse que quien adquiere un camión pesado, que por su precio suele ser un activo muy relevante en función del tamaño de la empresa, pueda ver las mismas necesidades cubiertas por un camión de menos de 5 Tm, por ejemplo). La diversidad de modelos existentes en las diversas categorías también puede operar como un factor de distorsión en la comparación de mercados, y como apunta la sentencia de instancia, la evolución de los precios en un mercado y otro no se explicita suficientemente; la conformación de los precios netos, tanto al distribuidor como al cliente tampoco resultan idénticos en ambos mercados. La diversidad de marcas y su impacto en los precios brutos también nos parece que no se explica suficientemente; el desglose de precios brutos en función de las marcas pudiera revelar información relevante que el informe omite. También nos parece razonable la crítica que parte de la consideración de que la relación entre precio y potencia no semeja ser la misma en los camiones ligeros y en los pesados, como demuestran los propios cálculos del dictamen del actor, (vid. pág. 73 y 74, cuadros 2 y 3).

40. Las dudas que acabamos de expresar, -a las que podemos añadir las expresadas por la parte apelada en su escrito de oposición al recurso de la demandante-, se intensifican si se atiende a los períodos comparados, con el efecto de debilitar las conclusiones del dictamen de la parte actora, pues como afirman los peritos demandantes, el tiempo se convierte en la variable más importante. Como la propia demandante reconoce, los precios brutos del mercado cartelizado no se refieren a todo el período del cártel. En otras ocasiones hemos considerado también puesta en razón la crítica efectuada por la parte demandada, respecto de la decisión de exclusión de la comparación de la evolución de los precios brutos en los dos primeros años de vigencia del cártel, y muy cuestionable la decisión de sostener la existencia de un sobreprecio en el año 1997, -respecto del que se reconoce que no se dispone de datos-, extrapolando resultados de otro período, (1998-2010), a partir de los coeficientes de regresión econométrica. En su consecuencia, advertimos la presencia de incertidumbres que nos impiden aceptar la premisa de que el método comparativo haya conseguido recrear un escenario



contrafactual convincente. Si el método se debilita en su base, la regresión econométrica que se nos propone pierde igualmente fuerza de convicción, pues las variables utilizadas para el modelo de regresión de camiones medianos y pesados se reconocen diferentes de las utilizadas en los camiones ligeros, (la omisión en estos últimos de la variable " *marca*" no se explica suficientemente, cuando aparenta resultar una variable con incidencia en el precio, como apunta el recurso de apelación de Iveco), lo que contrasta con la premisa de que los precios brutos de ambas categorías se determinan por variables similares; y de ahí obtenemos la conclusión de que el porcentaje de sobreprecio medio resulta sumamente inseguro.

41. Tampoco el método diacrónico utilizado como de refuerzo o de apoyo nos resulta convincente. Como dijimos más arriba, este método formula un contrafactual partiendo de la información del mercado en los momentos pre y post cartel, y utiliza precios netos como elemento de comparación, lo que también debilita la fuerza de sus conclusiones, pues el cártel acordó precios brutos, y aunque hemos afirmado que éstos inciden necesariamente en los precios netos pagados por los clientes, ello dependerá de múltiples variables, entre ellas el poder de negociación de los concesionarios o de los propios clientes, como nos resulta notorio. El propio dictamen ofrece los criterios que debilitan en el caso las conclusiones del empleo de dicho método, (vid. pág. 57; en particular, en un cártel como el que ocupa, resulta muy difícil estimar que los efectos de su finalización resulten inmediatos y, sobre todo, tan significativos como el estudio propone); y hacemos notar que el estudio no comprende los años anteriores al cártel, sino que abarca desde 1997 a 2016, (el último subperíodo, post-cartel, comprende desde 2011 a 2016), ni se corresponde con los períodos en los que la Decisión acota la intervención de la demandada. La propia base de datos utilizada permite albergar dudas sobre su composición, no homogénea en cuanto a la composición de las marcas en los diversos períodos analizados.

42. El uso de unidades de medida de potencia no equivalentes (kw y CV) en los distintos períodos analizados, (kilovatios en el período cartelizado, y caballos de vapor en el posterior) constituye también una debilidad del método empleado, como sugiere la demandada. La fig. 20 del dictamen muestra en todo el período la evolución de la ratio precio/potencia, y aprecia un notable descenso al finalizar el cártel, que completado con el resto de variables analizadas ofrece un resultado con un sobreprecio medio del 13,87% para la primera mitad del cártel, y del 23,46% para la segunda. De este modo, la conclusión resulta forzosamente errónea, pues el divisor utilizado en cada período resulta diferente, trascendiendo al resultado. La explicación de que tal dato resulte simplemente de una errata no resulta convincente, por lo que la tesis demandante de que se trató de un mero error producto de eliminar una columna por motivos de protección de datos, queda como hecho no probado.

43. Por tanto, no es que la sentencia de instancia haya impuesto al demandante cargas exorbitantes, o que no se valore en conjunto la prueba, que se debilite el principio de efectividad, o que el juez haya empleado criterios predeterminados a partir de la experiencia obtenida en procesos anteriores, (lo mismo podría sostenerse, se repite, de todos cuantos expresamos opinión en estos litigios, tras la experiencia acumulada en decenas de resoluciones), o que la sentencia desconozca el estándar probatorio impuesto las acciones de daños por el TS 7.11.13, en la sentencia del cártel del azúcar. No resultaría aceptable que, tras cientos de pronunciamientos en casos idénticos, en unos casos el tribunal afirmara que el cártel generó sobreprecios a los clientes minoristas, y en otros que sostuviera que el cártel resultó inocuo, y que tan sólo tenía por objeto satisfacer la curiosidad morbosa de los directivos de los fabricantes sobre la determinación y los calendarios de implantación de los precios de lista. Lo que sucede es que el dictamen demandante, por las razones apuntadas, no resulta convincente en la estimación de un perjuicio medio sostenido del 16,35%, (similar o idéntico al reclamado en otras demandas sobre la base de dictámenes construidos sobre métodos diferentes), de modo que juzgamos su metodología como sesgada, pues se nos ha demostrado que el empleo de otras variables arroja datos de incrementos de precio notablemente inferiores. Esto impide que la jurisdicción pueda partir de la conclusión de los peritos para cuantificar el daño, que no han logrado conformar una hipótesis razonable y técnicamente fundada, en el sentido empleado por la jurisprudencia del Alto Tribunal. Con estos razonamientos desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación demandante.

44. El informe de KPMG, firmado por el perito Sr. Patricio y por el perito Sr. Pelayo, ya lo hemos valorado también en litigios anteriores. El informe de KPMG propone también un método diacrónico temporal, ante las insuficiencias intrínsecas que imputa al método sincrónico. El dictamen toma como base los precios netos al distribuidor, (*net sales*), de los que ya se anticipa que presentan normalmente descuentos significativos en relación con los precios brutos. La sentencia de instancia aprecia las siguientes deficiencias en el informe: a) parte de un entendimiento sesgado de la Decisión, pues ésta sancionó también la fijación de precios brutos; b) parte de la afirmación de que las variaciones de precios brutos no afectan a los precios netos, que operan independientemente, criterio que se plasma en diversos apartados de la sentencia; c) no resulta convincente para el juez de instancia la elección del método utilizado, ni las razones para descartar los otros métodos alternativos sugeridos en la Guía Práctica; y d) la base de datos sobre la que se asienta el informe es de producción particular por los demandados, y además no cubren todo el período de funcionamiento del cártel.



45. Críticas similares a las que formula el juez de instancia han sido asumidas por esta sala de apelación cuando nos hemos enfrentado a informes periciales aportados en otros litigios en los que eran demandadas otros fabricantes integrantes del cártel. No aceptamos la tesis de que el precio que habría pagado la actora en un escenario sin infracción hubiera sido el mismo que el que efectivamente abonó, aunque admitamos que este vínculo no sea necesariamente automático, como hemos razonado en apartados anteriores de esta resolución. El incremento del precio bruto incide, a nuestro ver, en el precio neto al concesionario y necesariamente también en el precio neto al cliente, aunque esta repercusión no resulte automática. La obtención de un resultado de estimación de 0, nos resulta inasumible.

46. Por tanto, si el informe demandado parte de una conclusión, -que la fijación de precios brutos no afecta a los precios netos de venta al cliente, de modo que la conducta sancionada en la Decisión no pudo producir ningún perjuicio, (vid. pág. 16)-, que ha sido expresamente rechazada por esta Sala en pronunciamientos reiterados, se comprenderá que las conclusiones del dictamen de KPMG no nos resulten asumibles. A ello añadimos la crítica que atinadamente recoge la sentencia de instancia, relativa a que los datos empleados para la construcción del modelo econométrico utilizado en el informe han sido de producción unilateral de la propia demandada, no obtenidos con contradicción, y por ello incontrastables en su veracidad, tanto más cuanto que no comprenden todo el período de vigencia del cártel, (tan sólo comprenden el período 2003-2016, con exclusión de momentos anteriores de vigencia del cártel, sin explicación suficiente, pág. 51); las incertidumbres genéricas que detecta la Guía Práctica respecto del método empleado, en relación con la finalización del período de la infracción, también cuestionan la fiabilidad del informe, (apartado 44 de la Guía Práctica).

47. La desestimación de los criterios de cuantificación propuestos por el demandante no debe conducir inexorablemente a la íntegra desestimación de la demanda. La sociedad demandada no ha ofrecido ningún criterio alternativo válido de valoración, al haber basado su informe en la premisa de la inexistencia del daño, en la reiteración del argumento de que la fijación de precios finales es inmune a la variación de los precios brutos y a la concertación sobre su fijación, y en negar la existencia de toda relación causal entre la conducta cartelizada y el precio final de los camiones, aunque haya tenido éxito en la contradicción de las conclusiones de la parte contraria. Si la demandante no atiende suficientemente la carga de probar el perjuicio, resulta legítimo en infracciones de esta clase, caracterizadas por la enorme dificultad probatoria y por la dificultad de acceso a las fuentes de prueba, que el tribunal identifique un método de valoración razonable, según un criterio jurisprudencial consolidado, de conformidad con la exigencia de los principios comunitarios de efectividad y equivalencia. El grado de dificultad es máximo en el presente caso, por razón de la dificultad idiosincrática de encontrar un mercado comparable, por la propia finalidad de los precios brutos, por la falta de equivalencia o de automatismo entre las alteraciones de éstos y los precios netos, por la multiplicidad de elementos que influyen en la determinación de estos últimos, por la influencia del elemento temporal, pues el incremento del precio neto puede no haberse producido con la misma intensidad durante los once años de vigencia del cártel y, probablemente, no tuvo la misma intensidad o variación en todos los Estados integrantes del EEE. A todos estos elementos son completamente ajenos los demandantes como compradores indirectos. Por estos motivos, que se reproducen en la propia sentencia recurrida, al argumentar sobre la primera resolución que dictamos sobre la materia, la sentencia debe verse confirmada en relación con el porcentaje fijado del 5% sobre el precio de adquisición de los camiones, sin comprender perjuicio alguno derivado de la implantación de las tecnologías de emisiones, no reclamado por la parte.

#### *Intereses.*

48. La reparación íntegra del daño exige también el derecho a percibir la obligación accesoria de interés (asunto Manfredi, C-295/04 a 298/04, apartado 95), elemento indispensable de reparación, según la Guía Práctica (vid apartado 20). La deuda indemnizatoria se concibe como una deuda de valor, de manera que la obligación accesoria de interés presenta la misma finalidad de lograr la *restitutio in integrum*, y forma parte así de la finalidad del mecanismo de indemnización (criterio que luego recogerá el considerando 12 de la Directiva). De ahí la aplicación general al caso de los arts. 1101 y 1108 sustantivos, complementarios del régimen general de la responsabilidad extracontractual. No se trata de una obligación sancionadora, por lo que el argumento relativo a la justificación de la oposición carece de fundamento. La fecha de devengo del interés será la de la adquisición de cada camión, en línea con lo expresado en la sentencia recurrida.

49. Con lo anterior damos respuesta a los principales motivos de oposición esgrimidos por las partes, que como expusimos, hemos agrupado sistemáticamente para facilitar la resolución de los recursos. No hemos seguido, por tanto, la técnica de salir al paso de cada uno de los múltiples argumentos expuestos en los respectivos escritos de recurso, en algunas ocasiones sostenidos en razonamientos que nos han parecido confusos o redundantes; aquéllos que no han merecido un razonamiento expreso deben entenderse tácitamente desestimados, por quedar comprendidos en los argumentos que en la presente sentencia constituyen la *ratio decidendi* de nuestro fallo.



50. La desestimación de los recursos determina la imposición a cada parte de las costas devengadas por el recurso de la parte contraria.

Vistos los preceptos citados y demás de necesaria y pertinente aplicación,

#### **FALLO**

**Que desestimamos los recursos de apelación presentados por las representaciones de Devesa Express, S.L.U., y por Renault Trucks, SAS, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pontevedra, de fecha 31 de agosto de 2020, recaída en autos de juicio ordinario registrados bajo el número 270/2019 , con imposición a cada parte de las costas devengadas en la alzada por la contraria, con pérdida del depósito constituido.**

**Notifíquese esta resolución en legal forma a las partes haciéndoles saber que no es susceptible de recurso ordinario, sin perjuicio de que contra ella puedan interponerse, si concurriere alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , los recursos extraordinarios de casación o por infracción procesal, ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el plazo de VEINTE DÍAS contados desde el día siguiente al de su notificación. Todo ello previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.**

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.