



Roj: **AJM V 681/2021 - ECLI:ES:JMV:2021:681A**

Id Cendoj: **46250470032021200001**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Valencia**

Sección: **3**

Fecha: **10/05/2021**

Nº de Recurso: **1017/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Juicio ordinario**

Ponente: **EDUARDO PASTOR MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

**Juzgado Mercantil núm. 3 de Valencia**

**Juicio ordinario 1017/19**

**AUTO**

**(Planteando cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea)**

En Valencia, a 10 de mayo de 2021.

Eduardo Pastor Martínez.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**(Objeto del litigio principal y hechos pertinentes)**

**Previo.- (i) Datos identificativos del órgano jurisdiccional remitente y de las partes en el proceso:**

**Juzgado Mercantil núm. 3 de Valencia**

*Ciutat de la Justícia de València*

*Avinguda Professor López Piñero, 14*

*46013, València (España)*

*T. (+34)961929039/F. (+34)961929339*

*vamerca03\_val@gva.es*

**Parte actora: D. Ignacio y Tráficos Manuel Ferrer S.L.**

Letrado: D. Álvaro Zanon Reyes

C/ Poeta José Cervera y Grifol, 12 oficinas, Pta. 7 C., 46013 - Valencia (España)

T. (+34)96 373 31 79

info@zanonygilasociados.es

Procurador: D. Pascual Pons Font

C/ Doctor Sociats, 7, 2º

46600 - Alzira (España)

T. (+34) 605866166

DIRECCION000

**Parte demandada: Daimler AG**

Letrada: Dña. María de los Desamparados Pérez Carrillo



C/ Almagro, 9  
28010-Madrid (España)

T. (+34)915247136

Procurador: D. Luis Sala Sarrión

C/ Auger, 13  
46800-Xàtiva (España)

T. (+34) 656829362

DIRECCION001

(ii) El planteamiento de esta cuestión prejudicial adopta la forma de Auto, que es la admitida en el derecho procesal español para la decisión de cuestiones interlocutorias de manera motivada, artículos ("arts.") 206.1.2º y 208.2 Ley de Enjuiciamiento Civil ("LEC") y la expresamente impuesta para el planteamiento de cuestión prejudicial en el art. 4 bis.2 Ley Orgánica del Poder Judicial ("LOPJ"). He tomado en consideración las "Recomendaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales" (Diario Oficial de la Unión Europea ("DOUE") 2019/ C 380/01 ) y su recensión en las "Recomendaciones y consejos prácticos en la formulación de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea" (REDUE-CGPJ).

**Primero.- 1.-** La representación procesal de D. Ignacio y otros formuló, en fecha de 11 de octubre de 2019 (según registro informático), demanda de juicio ordinario contra Daimler AG ("Daimler"), en ejercicio de acción de daños y perjuicios por infracción del Derecho de la Competencia en el artículo ("art.") 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ("TFUE"), con fundamento adyacente en el art. 1902 del Código Civil ("CC"). Las alegaciones de los demandantes pueden resumirse así:

A) Durante el período 1997-2011, la demandada se coordinó con otras compañías europeas fabricantes de camiones 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") mediante Decisión de 19 de julio de 2016 ("la Decisión"). La infracción consistió en la fijación e incremento de los precios brutos de los camiones, con afectación de sus precios netos y la repercusión de los costes para la introducción de las nuevas tecnologías de control de emisiones contaminantes. Los productos afectados por la conducta fueron los camiones con un peso de entre 6-16 toneladas (camiones medios) y los camiones de más de 16 toneladas, tanto rígidos como cabezas tractoras.

B) Durante el período de duración del cártel, los actores adquirieron diversos camiones de las marcas Mercedes, Renault e Iveco, de las características técnicas de los afectados por la conducta sancionada. Daimler es fabricante de camiones Mercedes.

C) A resultas de esa conducta imputable a la demandada, los demandantes afirman haber sufrido daños en forma de sobrecoste de los vehículos adquiridos. Los actores presentan un informe de experto que cuantifica el daño sufrido con desarrollo de un modelo sincrónico. Para la aplicación del modelo, se parte de las listas de precios brutos de los fabricantes de camiones medios y pesados, procedentes de la información proporcionada directamente por las empresas fabricantes a las revistas especializadas publicadas en España durante los años de duración del cártel. Por otra parte, para la reconstrucción del mercado analógico se parte de una lista de precios brutos de camiones ligeros procedentes de la misma fuente, así como una lista de precios brutos de furgonetas. Se escogen como variables de control las que se consideran adecuadas para el desarrollo del modelo (potencia, masa, marca, norma euro, tiempo, desechando las restantes variables posibles por no considerarse significativas). Tras la expresión de las fórmulas empleadas para la recreación de los mercados factual y contrafactual, se explicitan los fundamentos técnicos de las estimaciones econométricas que justifican la constatación de un sobreprecio medio en el mercado cartelizado del 16'35%, enunciándose a su vez los resultados del modelo que permiten desagregar esos resultados medios para expresar la cuantificación de sobrecostes en cada ejercicio económico de duración del cártel.

**Segundo.- 2.-** La demanda fue admitida a trámite mediante Decreto de 17 de junio de 2020, que acordó el traslado de la misma y de los documentos acompañados, con emplazamiento para contestación a la demanda.

**Tercero.- 3.-** La representación procesal de Daimler solicitó, en fecha de 11 de agosto de 2020, la intervención provocada en el proceso de Renault Trucks SAS e Iveco SPA, con invocación del art. 14 LEC. Daimler señaló que una parte de los vehículos a los que se refiere la demanda no fueron fabricados por ella sino por



otros destinatarios de la Decisión de la Comisión, de manera que, de seguirse el proceso en ausencia de esos fabricantes, se conculcaría su derecho de defensa y el de la propia Daimler, en la medida en que la determinación del precio que terminan pagando clientes como los demandantes por la adquisición de unos camiones es un proceso en el que concurren multitud de factores que son distintos para cada fabricante y que, por lo tanto, son ajenos a Daimler respecto de los vehículos que han sido fabricados y comercializados por otros.

**Cuarto.-4.-** Mediante Auto de 22 de septiembre de 2020, rechazé dicha petición, toda vez que el mecanismo contemplado en el art. 14 LEC únicamente permite la intervención provocada de terceros no inicialmente demandados en el proceso en supuestos de expresa habilitación legal, que en el caso no concurría para la legislación española. Mediante Auto de 23 de octubre de 2020, tras el recurso de reposición formulado por Daimler, confirmé la anterior decisión. De este modo, el proceso siguió su normal tramitación con la sola participación de Daimler en la condición de demandado.

**Quinto.- 5.-** Daimler contestó a la demanda en fecha de 12 de noviembre de 2020, para solicitar su desestimación. En síntesis, Daimler refiere que este proceso debe resolverse con la sola aplicación de la legislación nacional, que la infracción constatada por la Comisión no es de la especie que permite desarrollar una presunción de daño y que este no resulta acreditado por el informe pericial de experto presentado por la parte actora. Por el contrario, en fecha de 25 de enero de 2021, Daimler presentó su propio informe de experto, de refutación del presentado por la actora mediante el desarrollo de una intensa crítica sobre sus fundamentos, asunciones y metodología, así como mediante un estudio diacrónico que procura la comparación entre los precios netos de Daimler durante la infracción con los precios netos aplicados después de que la infracción hubiera cesado, considerando las diferencias en términos de demanda, costes y variaciones de producto que se produjeron a lo largo de ese tiempo. El equipo pericial afirmaba encontrarse en disposición de los precios de los camiones Daimler desde el año 1999. En particular, el análisis se había desarrollado considerando el nivel de precios de concesionario, puesto que Daimler no tendría acceso sistemático a los precios que esos concesionarios cobran a clientes finales, siendo ese el cauce habitual de comercialización de vehículos Daimler en España.

**Sexto.- 6.-** Las partes fueron convocadas para la celebración de audiencia previa, que tuvo lugar el día 28 de enero de 2021, de cuyo contenido se dejó constancia mediante soporte digital y Diligencia de Ordenación del mismo día. Durante la celebración de la vista, tras el ofrecimiento expreso de Daimler y la aceptación de este por la parte demandante, se resolvió el acceso de los actores a los datos tomados en consideración por el informe de experto presentado por Daimler, con la doble finalidad de permitir la crítica más profunda de ese informe pericial y la eventual reformulación del informe pericial presentado previamente por la actora. El acceso se instrumentalizaría a través de una sala de datos, cuya logística fue organizada de la siguiente manera: se desarrollaría en la sede de la dirección letrada de Daimler, durante una semana en horario laboral, a dicha sala accederían los peritos y abogados de una y otra parte, se pondrían a disposición todos los datos empleados en el informe pericial de Daimler junto con los comandos y métodos de procesamiento igualmente utilizados, dispuestos en un ordenador propiedad de Daimler y dotado con el software adecuado para el análisis de esos datos y la recreación de sus modelos, encontrándose habilitada la parte actora para reproducir y extraer de la sala un muestreo de datos suficiente con el que cumplir con la finalidad de la medida de acceso, permitiéndose la posterior reelaboración de su dictamen pericial de forma previa a la celebración de vista principal del juicio, que fue señalada para el día 25 de marzo de 2021.

**Séptimo.-7.-** En fecha de 18 de marzo de 2021, la parte demandante presentó un informe técnico sobre los resultados obtenidos mediante la celebración de la sala de datos.

**Octavo.- 8.-** Llegado el día de la vista principal del juicio, fueron agotadas sus finalidades. En particular, se practicó la crítica oral de los dictámenes periciales presentados por una y otra parte. Tras las conclusiones de ambas partes y antes de declarar los autos vistos para Sentencia, anuncié el pronunciamiento de Providencia de suspensión de ese último plazo.

**Noveno.- 9.-** En efecto, mediante Providencia de 25 de marzo de 2021 acordé la suspensión del plazo para el pronunciamiento de Sentencia y, de conformidad con lo previsto en los arts. 267 TFUE y 4 bis. 2 LOPJ, recabé la opinión de las partes sobre la oportunidad de plantear cuestión prejudicial al Tribunal. En particular, les propuse indagar sobre la compatibilidad del derecho al pleno resarcimiento en el art. 101 TFUE con el régimen de vencimiento objetivo y costas procesales en el art. 394.2 LEC, la eventual subsistencia de asimetrías informativas como fundamento del ejercicio judicial de la estimación de los daños sufridos por el actor tras el acceso de este a los datos en los que el propio demandado basa su informe de experto y la eventual subsistencia de asimetrías informativas con la misma funcionalidad en el caso de que la pretensión indemnizatoria se dirija contra un destinatario de la infracción que no comercializó el producto o servicio adquirido por el perjudicado y en cuya adquisición funda el daño que reclama en el proceso.



**Décimo.-10.-** Ambas partes han realizado alegaciones sobre la oportunidad y contenido del planteamiento de la cuestión, según consta.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### *(Razones que justifican el planteamiento de la cuestión)*

#### **Primero.- Relevancia del planteamiento de la cuestión prejudicial.**

11.- Del resumen de hechos pertinentes y para emitir un fallo en este caso, considero que resulta necesario una previa decisión del Tribunal sobre la interpretación del Derecho de la Unión, con el alcance del art. 267 TFUE, sobre la compatibilidad del régimen español de distribución de costas procesales y el derecho al pleno resarcimiento del perjudicado por una infracción del Derecho de la Competencia y sobre la interpretación de la noción de *imposibilidad o dificultad excesiva* en el desarrollo de la actividad probatoria de ese perjudicado, como presupuesto para la cuantificación judicial y alternativa del daño eventualmente sufrido, en su relación con las capacidades de contradicción y defensa del demandado y los límites que, por tal motivo, debe imponerse a la discrecionalidad judicial.

12.- Los últimos desarrollos de la jurisprudencia comunitaria (en la Sentencia del Tribunal, Sala Cuarta, de 16 de julio de 2020, en los asuntos acumulados C- 224/19 y C-259/19) han apreciado la incompatibilidad de la norma procesal española sobre distribución de costas en supuestos de estimación parcial de la pretensión del demandante, el art. 394.2 LEC, y el principio de efectividad del Derecho de la Unión en materia de consumo, en la medida en que dicha norma es capaz de generar obstáculos que pueden disuadir a los consumidores de ejercer los derechos que esa normativa les concede y mermar el alcance material del reconocimiento de estos. Esta argumentación podría resultar asimilable, al menos en apariencia, a un supuesto como el ahora enjuiciado, donde el potencialmente perjudicado por una infracción del art. 101 TFUE puede ver disminuida, de manera relevante, la compensación efectivamente recibida por razón de la aplicación de esa misma norma nacional sobre distribución de costas en un escenario parecido al que motivó el planteamiento de aquellas cuestiones, es decir, de previsible estimación parcial de sus pretensiones compensatorias, lo que es tanto como aceptar que la infracción que imputa a la demandada generó daños cuya existencia efectivamente se reconocerá porque, de una u otra manera, son susceptibles de cuantificación. Es por lo tanto necesario discernir si aquella respuesta del Tribunal es extensible o no a la solución de este caso y sin que resulte aplicable la doctrina jurisprudencial establecida sobre la ausencia de duda razonable al respecto.

13.- Pende ante el Tribunal la solución de la cuestión prejudicial elevada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de León (España), mediante Auto de 12 de junio de 2020, en la que, en síntesis y en un litigio de objeto idéntico al presente, se plantean diversos escenarios problemáticos resultantes de la aplicación temporal de la Directiva 2014/104/UE ("la Directiva de daños") en su art. 22. En particular, corresponderá al Tribunal pronunciarse sobre el eventual carácter novedoso de la facultad de estimación judicial del daño prevista en el art. 17.1 de la Directiva de daños o si, por el contrario, se trata de un solo desarrollo del principio de efectividad del derecho al pleno resarcimiento del perjudicado por un ilícito anticompetitivo del art. 101 TFUE, ya integrante de nuestro acervo de forma previa a la publicación de la Directiva de daños y eludiendo entonces sus problemas de aplicación temporal, de modo inmediatamente aplicable a la solución del caso que ha motivado el planteamiento de aquella cuestión y también a este. En uno u otro escenario, con igual relevancia para la solución de este caso, resulta igualmente necesario indagar sobre los presupuestos y fundamentación para la aplicación de este recurso alternativo de cuantificación del daño sufrido por una infracción del art. 101 TJUE, en su relación con las posibilidades de defensa del demandado en el art. 47 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea ("la Carta"). Del mismo modo, pende ante el Tribunal la solución de la cuestión prejudicial elevada por el Juzgado Mercantil núm. 7 de Barcelona, mediante Auto de 21 de febrero de 2020, sobre la extensión posible de las medidas de acceso a fuentes de prueba en el art. 5 de la Directiva de daños.

14.- A continuación, desarrollaré la necesidad de plantear la cuestión prejudicial con el alcance indicado, abundando en el régimen aplicable a la solución del caso y la pertinencia de su formulación, como condicionante para dar en esa solución.

#### **Segundo.- Primera cuestión cuya resolución propongo al Tribunal.**

15.- El art. 394 LEC, en su redacción vigente al tiempo de interposición de la demanda que ha dado lugar a las actuaciones y de planteamiento de esta cuestión, dispone lo siguiente:

*"Artículo 394. Condena en las costas de la primera instancia.*



1. En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares.

2. Si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad.

(...)"

**16.-** Ese precepto es el resultado de la aplicación al proceso civil español del llamado principio de vencimiento objetivo, mediante el que se procura el resarcimiento de los gastos generados por el proceso a la parte a cuyo favor se ha realizado el pronunciamiento definitivo que lo resuelve.

**17.-** Esta norma tiene su reflejo en el art. 398 LEC, respecto de las costas ocasionadas por la tramitación de las instancias ordinarias y extraordinarias ulteriores, de las que una sentencia dictada en un proceso de las características del presente es siempre susceptible.

**18.-** De este modo, en el proceso civil español la parte que ve desestimadas sus pretensiones está obligada a abonar a la otra el importe de los gastos judiciales en los que haya incurrido. Por el contrario, la aplicación de esta regla objetiva solo puede alterarse en aquellas situaciones en las que el juez considere que, pese a la desestimación de las pretensiones de quien debería estar obligado al pago de las costas, en el caso concurrían especiales dudas que justifiquen su posición. En cambio, en el proceso civil español y en caso de estimación parcial de las pretensiones de una parte, no existe posibilidad de imposición a la otra de la obligación de pago de las costas procesales causadas en cuanto solo ha sido parcialmente vencida, salvo que se aprecie temeridad en su posición procesal, lo que integra un supuesto excepcional y grave.

**19.-** Para remediar el excesivo rigor literal de esta norma procesal, que es de inspiración cuantitativa y no cualitativa, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha acuñado la doctrina jurisprudencial de la *estimación sustancial*, en cuya virtud puede igualmente concederse la condena al pago de costas procesales cuando existe una diferencia menor entre lo pedido y lo obtenido en el proceso. Sin embargo, esta doctrina jurisprudencial, que considera la perspectiva económica del proceso y la importancia de lo no concedido, es también de inspiración cuantitativa y no cualitativa (eso puede verse en las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 29 de septiembre de 2003, número ("núm.") 871/2003, recurso ("rec.") 3908/1997, Ponente Jesús Corbal Fernández; núm. 553/2005, rec. 296/1999, de 7 de julio de 2005, Ponente Pedro González Poveda; y núm. 715/2015, rec. 2833/2013, Ponente Francisco Marín Castán). Por eso solo permite enervar la rigidez del marco legislativo anteriormente señalado en aquellos supuestos donde lo no concedido pueda ser calificado como accesorio, desde el punto de vista de la construcción y relación de las distintas pretensiones que integran el objeto del proceso o según su contribución a la extensión económica global del proceso. Más recientemente, el Tribunal Supremo ha moderado el alcance del art. 394.2 LEC para la litigación en materia de consumo, en aplicación de la doctrina jurisprudencial del Tribunal ( Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de Pleno, núm. 35/2001, Ponente Ignacio Sancho Gargallo).

**20.-** A su vez, el Tribunal ha apreciado, así con ocasión de la Sentencia de 20 de septiembre de 2001, en el asunto C-435/99, *Courage* y en muchas otras ocasiones posteriores, que el derecho al pleno resarcimiento del perjudicado por una transgresión del art. 101 TFUE es consecuencia de la plena eficacia de dicho precepto y del efecto útil de la prohibición que entraña.

**21.-** En el caso, la aplicación del art. 394 LEC, siquiera bajo el tamiz de la jurisprudencia nacional transcrita, podría provocar el efecto de que no se condenara al infractor y demandado al pago íntegro de las costas procesales causadas al demandante en el supuesto de que su pretensión resarcitoria no fuera íntegramente estimada. La solución del caso sería equivalente, aunque la acción se hubiera fundado exclusivamente en derecho nacional.

**22.-** Como es sabido, es generalmente aceptado por la comunidad científica y en los textos con los que las autoridades comunitarias han procurado guiar la aplicación privada del Derecho de la Competencia por los jueces europeos, que el daño derivado de una infracción del art. 101 TFUE no puede observarse directamente, sino mediante una estimación aproximada y siempre discutible en su fundamentación técnica y en la expresión de sus resultados. Por eso un proceso de los de esta clase es un terreno predispuesto a una estimación parcial de las pretensiones resarcitorias de un perjudicado por una infracción de esas características. Debe hacerse notar que la preparación de un informe de experto de los de esa clase es especialmente onerosa.





**23.-** Para la solución de este caso, debo estar a la doctrina jurisprudencial establecida por el órgano que me resulta inmediatamente superior, de manera que el derecho a la tutela judicial efectiva que una y otra parte merecen no se vea sometido a dilaciones indebidas por la desatención de ese criterio y la necesidad de interposición de un recurso ordinario contra mi decisión. Ese órgano es la Audiencia Provincial de Valencia que, en un previo caso de objeto idéntico al presente, ya ha tenido ocasión de rechazar el poder de convicción de un informe de experto de idéntica formulación y contenido al presentado aquí por el actor, para conceder una indemnización alternativa y residual de la inicialmente solicitada en la demanda (así en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, núm. 90/2021, de 26 de enero de 2021, Ponente Purificación Martorell Zulueta). Aquí, por la observancia de ese criterio jurisprudencial y sin considerar ahora el resto de las dudas que se ciernen sobre su solución, en el caso se produciría una estimación parcial de la demanda que, después, determinaría la distribución de las costas procesales entre las partes en aplicación de la regla y doctrinas nacionales transcritas. Es decir, que no se impondría en ningún caso el pago de las costas al demandado.

**24.-** En realidad, la importante proliferación de procedimientos en España de objeto idéntico al presente, evidencia que rara vez se conceden estimaciones completas de las pretensiones resarcitorias, lo que determina la plena aplicación de la regla nacional transcrita sobre distribución de costas para su no imposición al parcialmente vencido. Además, si el demandante en ese proceso formula un recurso ordinario contra la sentencia que solo acepta sus pretensiones compensatorias en parte menor, este será desestimado mermando doblemente el importe de la compensación inicialmente obtenida como consecuencia de la formulación de ese recurso, por la posible imposición del pago de costas procesales en segunda instancia (eso puede verse en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1ª, núm. 323/2021, de 28 de abril de 2021, Ponente Don Antonio María González Floriano).

**25.-** Del mismo modo, esa paulatina construcción jurisprudencial excluye en la actualidad la oportunidad de apreciar en el caso dudas relevantes en cuanto a la existencia de daño indemnizable para evitar la imposición de costas al infractor si es vencido en el proceso, como de forma generalizada, motivada y prudente, fuera uniformemente aceptado por la mayoría de jueces españoles en una primera fase de esta nueva clase de litigación. Toda vez que se ha declarado probado de manera general y recurrente entre los jueces españoles que la conducta aquí enjuiciada causó daños, no resultaría posible ahora excluir la imposición de costas procesales por la existencia de dudas que justifiquen una posición procesal persistente y enfática en la negación de que esos daños se produjeron.

**26.-** A partir de aquí, si la regla sobre el régimen de costas en un proceso judicial español es una cuestión eminentemente nacional y si ese régimen se aplica de manera equivalente respecto de pretensiones amparadas en el derecho nacional o comunitario, en el caso todo eso todavía puede comprometer la vigencia del principio de efectividad del derecho al pleno resarcimiento del perjudicado por una infracción del art. 101 TFUE.

**27.-** En efecto, el resultado de la distribución de las costas procesales en un escenario de reconocimiento de la existencia de daños susceptibles de compensación mermará el alcance de la indemnización concedida al perjudicado por la infracción del art. 101 TFUE y puede intervenir como un obstáculo del perjudicado al ejercicio del derecho resarcitorio que le concede esa norma y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta. En un escenario en el que la compensación a obtener no sea cuantitativamente extensa y considerando la dificultad y onerosidad de un proceso de aplicación privada del Derecho de la Competencia, según los estándares de postulación y prueba que le son inherentes, ese perjudicado puede resultar disuadido de entablar su reclamación, ante la amenaza de no verse resarcido de las expensas del proceso incluso cuando su pretensión compensatoria sea atendida, aunque solo lo sea en parte.

### **Tercero.- Segunda y tercera cuestión cuya resolución propongo al Tribunal.**

**28.-** En transposición de las normas de armonización procesal de la Directiva de daños y, especialmente, de su art. 5, respecto de cuya aplicación a la solución del caso por razones de derecho temporal no se suscitan dudas, el art. 283 bis LEC regula, en su redacción vigente, un sofisticado mecanismo de acceso a la información necesaria para la preparación de un proceso en materia de aplicación privada del Derecho de la Competencia. Se trata de un precepto extenso y minucioso cuya reproducción literal, por tal razón, huelga aquí.

**29.-** Por el contrario, baste señalar que, en la interpretación concordante de esa regla con las instituciones procesales nacionales y preexistentes que conviven con la misma, en particular con los arts. 328 y 330 LEC sobre requerimientos documentales entre partes o terceros y las posibilidades de plena discusión sobre el contenido y fundamentación de un informe de experto en los arts. 336 y 347 LEC, el demandante y el demandado deben tener posibilidad de acceder a la información que precisen para articular sus pretensiones, siempre que su petición de acceso resulte motivada, pertinente y útil, proporcionada, no comprometa datos



confidenciales sin disciplina simultánea de mecanismos necesarios para proteger esa confidencialidad y siempre que no interfiera de manera no justificada en los procesos de aplicación pública del Derecho de la Competencia.

**30.-** Al menos eso será así entre nosotros, los jueces españoles, siempre que se abandone un solo criterio de interpretación formalista de estas normas, para hacerlas conciliables con las reglas y jurisprudencia comunitarias que procuran el efectivo resarcimiento del perjudicado, advierten de la naturaleza compensatoria de la responsabilidad por daño, proscriben la sobrecompensación y permiten la adecuada defensa del demandado, en la misma cita jurisprudencial anteriormente ofrecida y en su conocido desarrollo, sobre cuyo contenido y aplicabilidad a la solución del caso el Tribunal no precisa ser instruido. Sin embargo, no existe una doctrina consolidada en España sobre el alcance del art. 283 bis LEC, por su carácter novedoso y las particularidades de nuestro sistema para la unificación de doctrina jurisprudencial mediante recursos extraordinarios.

**31.-** El sistema procesal español no regula en forma alguna la manera de instrumentalizar esas peticiones de acceso, especialmente en relación con las pautas logísticas que las hagan posibles. Sin embargo, son conocidas entre los jueces españoles las orientaciones de *soft law* establecidas al respecto y, en particular, la *Comunicación de la Comisión sobre la protección de la información confidencial por los órganos jurisdiccionales nacionales en los procedimientos de aplicación privada del Derecho de la Competencia de la Unión Europea* (DOUE 2020/ C 242/01).

**32.-** Como se ha señalado y como reconocen los Considerandos 14, 15, 45 y 46 de la Directiva de daños, el establecimiento de este tipo de recursos persigue, principalmente, conceder al demandante y perjudicado la oportunidad de obtener los datos que precise para ofrecer una prueba sobre la existencia y cuantificación de los daños que dice sufridos a resultas de la infracción previamente constatada por una autoridad de competencia y que sea imputable al demandado. La realidad del daño puede verse facilitada por determinadas presunciones de raigambre empírica. La prueba de la extensión del daño puede resultar en ocasiones tan difícil que eso deba permitir al juez realizar una cuantificación alternativa del mismo. Sin embargo, la concesión de esta clase de soluciones debe reservarse para aquellos supuestos en los que, tras el proceso y la prueba que se haya podido practicar en él, se aprecie una situación de asimetría informativa entre las partes y de especiales dificultades probatorias a las que el perjudicado no pueda sobreponerse.

**33.-** Por todo ello, si la Directiva de daños es expresión de la previa jurisprudencia comunitaria que proscribe la sobrecompensación (art. 3), también concede a los jueces una alternativa y subsidiaria facultad de estimación del daño sufrido por el perjudicado, en aquellos supuestos en los que resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar con precisión los daños y perjuicios sufridos sobre la base de pruebas disponibles (art. 17.1).

**34.-** Hasta la transposición de la Directiva de daños a nuestro sistema legislativo y donde la plena vigencia de esa reforma nacional no resulte directamente aplicable, el art. 1902 CC (que es la regla general española en materia de responsabilidad extracontractual) sirve como mera acción adecuada para articular el derecho a obtener la compensación al que se refiere el art. 101 TFUE. Antes de eso, la doctrina jurisprudencial unánime era constante a la hora de tener por acreditada la existencia de daños cuando se verificara la presencia de hechos que generalmente los causan, siendo que el art. 386 LEC permite el acomodo a nuestro sistema procesal de presunciones de esa clase, susceptibles de prueba en contrario. Todo ello en el contexto de un proceso civil inspirado por los principios dispositivo y de aportación de parte ( art. 216 LEC), donde la intervención probatoria del juez se limita a la eventual insinuación en la fase intermedia del proceso sobre la actividad probatoria que sería aconsejable desplegar ( art. 429.1 LEC) y sin particular habilitación legal para que el juez, por sí mismo, decida valerse del asesoramiento de un experto independiente que le asista en la labor de cuantificación del daño ( arts. 339- 341 LEC). En particular, la residual posibilidad de intervención o cooperación de las autoridades de competencia ( art. 15 bis LEC) no permite superar esta última carencia, por su funcionalidad limitada a la sola aportación de información o presentación de observaciones sobre la aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE. Ese mismo sistema de prueba pericial tampoco permite a una parte en el proceso, sin el consenso de la otra, proponer la designación de expertos independientes escogidos por el juez de una lista cerrada y de composición discrecional de candidatos especialmente aptos para serlo según la especificidad de esta materia.

**35.-** Entre los jueces españoles, en la solución de casos de objeto idéntico al presente, cuando se ha hecho recurso a esa facultad alternativa de estimación judicial, se ha invocado nominalmente la regla de responsabilidad extracontractual del art. 1902 en su interpretación conforme con el art. 17.1 de la Directiva de daños o se ha procurado una aplicación directa del art. 101 TFUE, de manera más o menos explicitada, considerando que esas facultades de estimación judicial son una consecuencia más del principio de efectividad del derecho al resarcimiento que esa norma de alcance constitucional siempre ha previsto, de



modo que no necesitaban estrictamente ser positivizadas en la Directiva de daños. Ese es el germen de las dudas que justifican el parcial planteamiento de la cuestión prejudicial de la Audiencia Provincial de León. Existen puntos de vinculación entre aquella cuestión y la presente. Sin embargo, esta cuestión no reproduce el contenido de aquella, como tampoco se confunde con el contenido de la cuestión planteada por el Juzgado Mercantil núm. 7 de Barcelona.

**36.-** En efecto, el contexto de este caso plantea dudas adicionales a las de la sola aplicación de la norma comunitaria en el tiempo o la extensión de las peticiones de información, especialmente en relación con los presupuestos para la aplicación de esta clase de estimaciones alternativas, de manera que no se desnaturalice su carácter extraordinario y solo permitido allí donde subsistan grandes dificultades que aconsejen integrar o completar la actividad probatoria desarrollada por el demandante.

**37.-** En el caso, tal y como he señalado, en la misma visión jurisprudencial nacional aplicable y de prudente observación, al rechazo del poder de convicción suficiente del informe de experto presentado por el actor, se adicionaría la posible ausencia de prueba suficiente para la refutación de la presunción de existencia de daños, que pueden tenerse por acreditados en ejercicio de esa labor de presunción judicial que nuestro sistema de responsabilidad civil y procesal siempre ha amparado. Después, constatada una situación de asimetría informativa entre las partes, debería procurarse una cuantificación alternativa y menor de ese daño que determinaría la estimación parcial de la demanda, tal y como se ha advertido. Ese es el resultado al que el proceso parece abocado de manera previsible, a modo de corolario de la litigación masiva seguida actualmente en nuestro país.

**38.-** Sin embargo, ocurre en el caso que durante la tramitación del proceso y en la forma descrita en los antecedentes de esta resolución, siendo conocida la existencia de esa doctrina jurisprudencial sobre el desvalor del informe de experto presentado por el actor en casos previos y de objeto análogo, este actor ha declinado, según las razones que ha explicitado en el proceso y cuya valoración no debe ahora comprometerse, la oportunidad de reformular su informe de experto, pese a haber tenido acceso a un volumen amplio de información aparentemente relacionada con los efectos de la infracción en el mercado y que es la que efectivamente emplea la parte demandada en el mismo proceso. Baste señalar que el actor y sus expertos desconfían de la potencial manipulación de esos datos. Esta circunstancia determina una diferencia cualitativa con la experiencia jurisprudencial española más extendida y reciente.

**39.-** En estas circunstancias, al menos el actor ha dispuesto del acceso a los mismos datos y en condiciones de aplicación probatoria análogas de las que ha dispuesto el demandado. Si el informe de experto presentado por el actor es rechazado, resulta entonces cuestionable si subsiste en el caso una situación de asimetría informativa que justifique una sobreactuación judicial ulterior, mediante un ejercicio estimativo sobre la extensión de daños sufridos por el actor que no está fundado en la toma en consideración de su informe de experto, ni de los datos en los que este se basa.

**40.-** Resultaría extraño a las finalidades del art. 267 TJUE el tratar de desplazar al Tribunal la necesidad de ofrecer una valoración probatoria reservada a la labor del juez nacional (que para el caso de la valoración de informes de experto son las previstas en el art. 348 LEC, por alusión a las reglas de la sana crítica) o cualquier otro análisis de carácter eminentemente procesal y reservado a las opciones de política legislativa nacional. Las preguntas que aquí quiero realizar corren el riesgo de contaminarse de esas inapropiadas inflexiones. Pero, antes de entrar a valorar el resultado de las pruebas practicadas en el caso, considero necesario interrogar al Tribunal sobre la especie de asimetría informativa que debe permitirme realizar una estimación alternativa del daño eventualmente sufrido por el actor, en particular si esta debe ser una cualificada o solo la normalmente inherente a cualquier escenario de infracción del Derecho de la Competencia.

**41.-** Así, en el caso se antoja necesario conocer cuáles deban ser los principios que inspiren la aplicación práctica de los mecanismos del art. 5 de la Directiva de daños y su relación con la fundamentación dogmática y límites de la facultad de estimación judicial del daño en escenarios de insuficiencia probatoria, superando los problemas de derecho temporal en la aplicación del art. 17.1 de la Directiva o reconociendo su dependencia del principio de efectividad del art. 101 TFUE, de manera siempre relacionada con las garantías de defensa del art. 47 de la Carta. Porque debe señalarse que el demandado nunca conocerá la fundamentación y contenido del ejercicio de estimación alternativa del daño hasta el pronunciamiento judicial que resuelva su condena.

**42.-** A su vez, el art. 1144 CC reconoce, para el caso de las obligaciones de naturaleza solidaria, la facultad del acreedor de dirigir su reclamación de manera simultánea o alternativa contra cualquier obligado solidario. En el sistema civil español, la solidaridad tiene un origen convencional o legal. Junto a esas categorías y en un amplio abanico de supuestos de aplicación de nuestra regla general de responsabilidad extracontractual, la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo ha apreciado la existencia de una tercera clase de obligaciones solidarias, denominadas impropias, que son por ejemplo aquellas respecto de las que se aprecia dicho carácter





mediante pronunciamiento judicial. Esta doctrina procura el resarcimiento efectivo de la víctima de un daño y la resolución de los problemas en la distribución de cuotas de responsabilidad entre los causantes del daño, de una manera aproximada a como lo hace el art. 11 de la Directiva de daños en materia de responsabilidad conjunta y solidaria de las distintas empresas infractoras del Derecho de la Competencia. Así, para la solución del caso y a la hora de discriminar las relaciones de solidaridad entre los miembros del cártel del que resulta, se orillan sin dificultades relevantes los problemas de la aplicación temporal de esta regla comunitaria, provocados por su carácter sustantivo y no procesal, porque el principio de efectividad del art. 101 TFUE encuentra una correspondencia adecuada con las posibilidades que ofrece ese marco nacional preexistente.

**43.-** La conexión de esas reglas sustantivas con los presupuestos para la válida construcción subjetiva de un proceso civil en España, determina que pueda reconocerse legitimación pasiva en el art. 10 LEC respecto de la empresa infractora del Derecho de la Competencia de manera que esté obligada a soportar el ejercicio de la pretensión resarcitoria del perjudicado por esa misma infracción, aún cuando lo fuera a resultas de la adquisición de un producto o servicio cartelizado y comercializado por un destinatario distinto de la misma Decisión. En tales casos, no existe cobertura para la participación forzosa de ese sujeto no demandado, ni por vía de intervención en el art. 14 LEC -que regula el mecanismo de intervención forzosa de terceros no inicialmente demandados-, ni por defectos en la constitución de la litis a través del art. 420 LEC -que permite remediar, durante un estadio intermedio del proceso, la falta del debido litisconsorcio necesario-.

**44.-** Nada obsta a que ese tercero no inicialmente demandado participe voluntariamente en el proceso, recurriendo a un mecanismo de intervención distinto de los anteriores (en el art. 13 LEC).

**45.-** Nada obsta a que cualquiera de las partes en el proceso realice concretas peticiones de prueba cuyos destinatarios sean esos mismos terceros. En particular, el art. 283 bis LEC es un instrumento idóneo para tales fines, si bien no está formal y materialmente conectado con las reglas sobre los plazos preclusivos para la contestación a la demanda de quien sea inicialmente demandado en el proceso, de forma que la indisponibilidad de la información necesaria para articular una defensa adecuada no es causa que exima al demandado de su obligación de contestar a la demanda, como obligación sujeta a un plazo breve, perentorio y no susceptible de prórroga en los arts. 404 y 405 LEC.

**46.-** Sin embargo, sin otra justificación que la libertad que le asiste para hacerlo, en este caso la parte demandante ha dirigido su pretensión resarcitoria contra la demandada respecto de daños que, al menos en parte, ha sufrido eventualmente por razón de la adquisición de productos comercializados por terceros. Solo una parte de los productos adquiridos y que fundan la interposición de la demanda lo fueron directamente a la demandada.

**47.-** Resulta evidente que cualquier infractor siempre tendrá más información relacionada con la infracción, su naturaleza, características y efectos, que cualquier posible perjudicado por esta. Esta no parece una afirmación parcial o perjudicial. Pero es mucho menos evidente y en absoluto justificado que cualquier infractor disponga de mayor información económica sobre la actividad compleja del resto de los infractores, en particular la relacionada con los actos concretos y causalmente conectados con el perjuicio que pudo haber sufrido el demandante y que resulte adecuada para articular la defensa minuciosa y completa que la solución del caso exige. Del mismo modo, es menos evidente que la sola disponibilidad ideal de determinados instrumentos probatorios concedidos indiscriminadamente a cualquier parte en el proceso civil español exija de ese infractor la práctica de una actividad probatoria exhaustiva cuyos destinatarios sean otros infractores, incluso cuando el demandante ha decidido ejercitar su acción contra quien no ha trabado la relación comercial que fundamenta la pretensión compensatoria y sin haber practicado prueba con tal objeto y que sí se desplaza al demandado, pudiendo haberlo hecho sirviéndose de los mismos instrumentos probatorios, pero con un grado de pausa de la que este no podría haber dispuesto en ningún caso.

**48.-** La cuestión aquí es, por la misma fundamentación esgrimida anteriormente, si en tales casos puede todavía apreciarse una situación de asimetría informativa entre las partes que justifique el ejercicio judicial, subsidiario y alternativo, de la facultad de estimación de los daños sufridos por ese demandante en ese concreto contexto, incluso cuando el poder de convicción de su informe de experto sea rechazado con arreglo a las reglas de la sana crítica.

#### **Cuarto.- Preguntas en las que se concretan las cuestiones anteriores.**

**49.-** Por todo ello, propongo al Tribunal que resuelva las siguientes cuestiones:

(i) ¿Es compatible con el derecho al pleno resarcimiento del perjudicado por una conducta anticompetitiva en el art. 101 TFUE y según la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, el régimen previsto en el art. 394.2 LEC y que permite que ese perjudicado cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas como sobreprecio y que le son restituidas a raíz de la estimación



parcial de su pretensión resarcitoria, que como presupuesto declarativo asume la existencia de una infracción anticompetitiva y su nexos causal con la producción de un perjuicio, que ciertamente se reconoce, cuantifica y concede como resultado del proceso?

(ii) ¿La facultad del órgano jurisdiccional nacional para la estimación del importe de los daños y perjuicios permite la cuantificación de los mismos de forma subsidiaria y autónoma, por constatarse una situación de asimetría informativa o dificultades de cuantificación irresolubles que no deben obstaculizar el derecho al pleno resarcimiento del perjudicado por una práctica anticompetitiva en el art. 101 TFUE y en su relación con el art. 47 de la Carta, incluso en el caso de que el perjudicado por una infracción anticompetitiva consistente en un cártel generador de sobreprecio, ha tenido acceso durante el curso del proceso a los datos en los que el propio demandado basa su estudio de experto para excluir la existencia de daño indemnizable?

(iii) ¿La facultad del órgano jurisdiccional nacional para la estimación del importe de los daños y perjuicios permite la cuantificación de los mismos de forma subsidiaria y autónoma, por constatarse una situación de asimetría informativa o dificultades de cuantificación irresolubles que no deben obstaculizar el derecho al pleno resarcimiento del perjudicado por una práctica anticompetitiva en el art. 101 TFUE y en su relación con el art. 47 de la Carta, incluso en el caso de que un perjudicado por una infracción anticompetitiva consistente en un cártel generador de sobreprecio, dirija su pretensión de resarcimiento contra uno de los destinatarios de la Decisión administrativa, responsable solidario de esos daños, pero que no comercializó el producto o servicio adquirido por el perjudicado en cuestión?

#### **Quinto.- Solicitud de aplicación del procedimiento de tramitación acelerada.**

**50.-** Señala el art. 105.1 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia ("el Reglamento") que el órgano jurisdiccional remitente puede solicitar que la tramitación de una petición de decisión prejudicial se realice mediante un procedimiento acelerado, cuando la naturaleza del asunto exija resolverlo en breve plazo. A tal fin, ofreceré aquí una motivación particular sobre por qué considero que este caso exige de su pronta resolución por el Tribunal mediante un procedimiento de los de esa clase.

**51.-** En la actualidad, el sistema jurisdiccional español se enfrenta a una importante proliferación de procesos de objeto idéntico al presente. En todos esos casos, resulta de aplicación el régimen nacional sobre distribución de costas, que determina la ausencia de imposición de estas al parcialmente vencido, con merma *de facto* de la compensación concedida al perjudicado. En un porcentaje creciente de esos procesos en tramitación, los demandados ofrecen el acceso a sus propios datos e información empresarial, pero son habitualmente resueltos por decisiones judiciales de estimación alternativa de los daños sufridos por los actores y pese al rechazo de sus informes de experto, con la apreciación de una situación de asimetría informativa entre unos y otros que justifica el recurso a tal remedio extraordinario. En un porcentaje residual, los actores ejercitan sus pretensiones indemnizatorias contra destinatarios de la Decisión no fabricantes de los vehículos que fundamentan la interposición de esas demandas. Sin embargo, el breve plazo de prescripción anual de las acciones de responsabilidad extracontractual por daño en nuestro sistema hasta la transposición de la Directiva de daños, en los arts. 1902 y 1968 CC, hace prever que un importante número de nuevas acciones podrá ser entablado contra una eventual y futura unidad económica a la que tal vez le resultará oponible, por vínculos de solidaridad, el mismo contenido de la Decisión (i.e. Caso at. 39824-Trucks, Decisión de la Comisión Europea de 27 de septiembre de 2017, 2020/ C 216/07, "Scania").

**52.-** Si no existen datos oficiales que puedan ser ofrecidos de manera objetiva para la consideración del Tribunal, se estima que en España existen varios miles de procesos de objeto idéntico al presente y en tramitación en primera instancia, segunda instancia o ante el Tribunal Supremo.

**53.-** De resultar admitida para su tramitación esta petición, ello podría determinar que, en interpretación analógica y extensiva de las reglas sobre prejudicialidad civil a las que se refiere el art. 43 LEC, algunos juzgados o tribunales españoles resolvieran la paralización de la tramitación de los asuntos de esta clase. En ningún caso se trataría de un efecto imperativo.

**54.-** Es cierto que ninguno de los argumentos anteriores evidencia una urgencia implícita y concreta a la solución del caso que motiva la petición de decisión prejudicial, sino más bien una situación generalizada y problemática de la tramitación de los procesos de esta clase en España.

**55.-** Sin embargo, creo que eso todavía puede intervenir a modo de circunstancia especial que exige despejar, a la mayor brevedad posible, las incertidumbres que motivan el planteamiento de la cuestión.

**56.-** Por todo ello, someto a la consideración del Tribunal la oportunidad de aplicación del procedimiento acelerado a la tramitación de esta petición y al que se refiere el art. 105.1 del Reglamento.

**DISPONGO****(petición de decisión prejudicial)**

Acuerdo elevar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuestión prejudicial, que se concreta en las siguientes preguntas:

(i) ¿Es compatible con el derecho al pleno resarcimiento del perjudicado por una conducta anticompetitiva en el art. 101 TFUE y según la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, el régimen previsto en el art. 394.2 LEC y que permite que ese perjudicado cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas como sobreprecio y que le son restituidas a raíz de la estimación parcial de su pretensión resarcitoria, que como presupuesto declarativo asume la existencia de una infracción anticompetitiva y su nexos causal con la producción de un perjuicio, que ciertamente se reconoce, cuantifica y concede como resultado del proceso?

(ii) ¿La facultad del órgano jurisdiccional nacional para la estimación del importe de los daños y perjuicios permite la cuantificación de los mismos de forma subsidiaria y autónoma, por constatarse una situación de asimetría informativa o dificultades de cuantificación irresolubles que no deben obstaculizar el derecho al pleno resarcimiento del perjudicado por una práctica anticompetitiva en el art. 101 TFUE y en su relación con el art. 47 de la Carta, incluso en el caso de que el perjudicado por una infracción anticompetitiva consistente en un cártel generador de sobreprecio, ha tenido acceso durante el curso del proceso a los datos en los que el propio demandado basa su estudio de experto para excluir la existencia de daño indemnizable?

(iii) ¿La facultad del órgano jurisdiccional nacional para la estimación del importe de los daños y perjuicios permite la cuantificación de los mismos de forma subsidiaria y autónoma, por constatarse una situación de asimetría informativa o dificultades de cuantificación irresolubles que no deben obstaculizar el derecho al pleno resarcimiento del perjudicado por una práctica anticompetitiva en el art. 101 TFUE y en su relación con el art. 47 de la Carta, incluso en el caso de que un perjudicado por una infracción anticompetitiva consistente en un cártel generador de sobreprecio, dirija su pretensión de resarcimiento contra uno de los destinatarios de la Decisión administrativa, responsable solidario de esos daños, pero que no comercializó el producto o servicio adquirido por el perjudicado en cuestión?

Someto a la consideración del Tribunal la oportunidad de aplicación del procedimiento acelerado a la tramitación de esta petición y al que se refiere el art. 105.1 del Reglamento.

Remítase testimonio de la presente resolución, en formato editable, a la Secretaría del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, CCP- GreffeCour@curia.europa.eu.

Proceda el LAJ a la remisión de esta resolución a través del servicio de validación digital, para procurar la obtención de copia anonimizada, para la simultánea remisión de esa versión junto con el original, en formato editable, a la misma dirección señalada.

Remítase testimonio integral de las actuaciones con empleo de la aplicación E-Curia.

Remítase testimonio integral de las actuaciones mediante correo postal a la Secretaría del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Grefe de la Cour de Justice, rue du Fort Niedergrünwald, L-2925 Luxemburgo).

Remítase copia de la versión anonimizada de esta resolución al Servicio de Relaciones Internacionales del CGPJ, mediante correo electrónico, en la dirección DIRECCION002 .

Sin recurso.

Notifíquese.

Acuerdo, mando y firma.