



Roj: **SAP V 1165/2020 - ECLI:ES:APV:2020:1165**

Id Cendoj: **46250370092020100256**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **9**

Fecha: **24/02/2020**

Nº de Recurso: **1311/2019**

Nº de Resolución: **252/2020**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ROSA MARIA ANDRES CUENCA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

ROLLO NÚM. 001311/2019

J

SENTENCIA NÚM.: 252/20

Ilustrísimos Sres.:

MAGISTRADOS DOÑA ROSA MARÍA ANDRÉS CUENCA DOÑA PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA DON LUIS SELLER ROCA DE TOGORES

En Valencia a veinticuatro de febrero de dos mil veinte.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON/ DOÑA ROSA MARÍA ANDRÉS CUENCA**, el presente rollo de apelación número 001311/2019, dimanante de los autos de Juicio Ordinario [ORD] - 000308/2018, promovidos ante el JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE VALENCIA, entre partes, de una, como apelante-apelado a don/ña Antonio, representado por el Procurador de los Tribunales don/ña FRANCISCO JOSE GARCIA ALBERT y de otra, como apelantes-apelados a FIAT CHRYSLER AUTOMOBILES NV y CNH INDUSTRIAL NV, representado por el Procurador de los Tribunales don/ña JOSE MANUEL JIMENEZ LOPEZ en virtud del recurso de apelación interpuesto por don/ña Antonio y por FIAT CHRYSLER AUTOMOBILES NV y CNH INDUSTRIAL NV.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado del JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE VALENCIA en fecha 15-4-19, contiene el siguiente FALLO: " *QUE DEBO ACORDAR y ACUERDO ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda interpuesta por Antonio contra FIAT CHRYSLER AUTOMOBILES, NV, y en consecuencia, se condena a FIAT CHRYSLER AUTOMOBILES, NV a que, firme que sea la presente, pague a Antonio la cantidad de 1.835€, con los intereses legales desde la fecha de demanda, y todo ello sin que proceda imposición de costas.*

QUE DEBO ACORDAR y ACUERDO DESESTIMAR la demanda interpuesta por Antonio contra CNH INDUSTRIAL, NV, y todo ello sin que proceda imposición de costas. "

SEGUNDO.- Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por CNH INDUSTRIAL NV, FIAT CHRYSLER AUTOMOBILES NV y Antonio, dándose el trámite previsto en la Ley y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, tramitándose la alzada con el resultado que consta en las actuaciones.

TERCERO.- Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El juzgado mercantil 2 de Valencia dictó sentencia, con fecha 15 de abril de 2019, que acordaba estimar parcialmente la demanda interpuesta por Antonio contra FIAT CHRYSLER AUTOMOBILES NV (FCA



en adelante) condenando a dicha demanda a que pague al demandante la cantidad de 1.835 Euros, con los intereses legales desde la fecha de la demanda, sin que proceda imposición de costas. Acordaba, asimismo, desestimar la demanda interpuesta por el citado Sr. Antonio contra CNH INDUSTRIAL NV sin que proceda imposición de costas.

El magistrado de instancia argumenta, en síntesis, que la Directiva 2014/104 UE sólo es de aplicación al caso en cuanto a los principios y finalidad que la inspiran. Desestima la prescripción de la acción fijando el día inicial del cómputo en la fecha de publicación de la Decisión de la Comisión el 6 de abril de 2017 y señala que, en cualquier caso, la reclamación previa tuvo efectos interruptivos. Y, en cuanto a la acción ejercitada, que el demandante está legitimado activamente para deducir la reclamación en su calidad de adquirente de los camiones relacionados a la demanda, reconoce legitimación pasiva a FIAT CHRYSLER AUTOMOBILES NV porque la compraventa tiene lugar durante su intervención en el cártel, y la rechaza respecto de CNH INDUSTRIAL NV porque su participación es posterior a la adquisición del camión de que se trata, que se produjo en 14 de julio de 2007. Analiza, seguidamente, el alcance de la decisión de la Comisión de 19 de junio de 2016 de la que deduce la existencia de intercambio de información con la finalidad de fijar precios, lo que constituye herramienta idónea que comporta subversión del libre mercado.

Respecto de la aplicación al caso del artículo 1902 del C. Civil y la concurrencia de los presupuestos jurisprudenciales para la estimación de la acción, considera que cabe presumir la existencia de daño en abstracto, y la relación de causalidad. Y en lo que concierne a la prueba de la cuantía del daño entiende no probado el daño efectivo y su cuantía por imprecisión del informe pericial, tanto respecto del método como de las conclusiones obtenidas y, con invocación de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 3 de Valencia de 27 de febrero de 2019, considera que ante la insuficiencia de los informes periciales aportados al proceso (tanto de cargo como de descargo) procede hacer aplicación judicial del daño, que estima en el 5% del precio de compraventa obteniendo la suma ya expresada.

Se dictó auto, con fecha 14 de mayo de 2019, en que se declara no haber lugar a la aclaración interesada por la demandante sobre los intereses, al estar ya argumentada la resolución sobre tal extremo.

Frente a dicha resolución recurrieron en apelación tanto la representación del demandante como de FIAT CHRYSLER AUTOMOBILES NV.

1.- Recurso de la parte actora.-

El demandante discrepa de la resolución planteando en su recurso los siguientes motivos:

1.- En relación con el Fundamento Jurídico **Séptimo** discrepa de la resolución apelada en lo que concierne a la **apreciación de la falta de legitimación pasiva de CNH INDUSTRIAL NV**, porque la expresada entidad es destinataria de la sanción como participe en la infracción, máxime cuando la Decisión se refiere a la modificación estructural que sufrió IVECO, por lo que su separación en entidades legales independientes no puede perjudicar a los afectados por la infracción, debiendo responder solidariamente la demandada como destinataria de la decisión, a tenor de las resoluciones del TJUE que invoca en sustento de su tesis.

2.- Impugna el Fundamento Noveno argumentando que el **daño es superior al 5%** del valor de compra del vehículo, con remisión al contenido del informe pericial aportado por su representada, que se basa en un método válido de los consignados por la ciencia económica, en relación con los principios de eficacia, equivalencia e indemnidad que se desarrollan en la jurisprudencia comunitaria. Y añade a lo anterior que dicho informe queda respaldado por el método refrendado por el Registro de Expertos en Economía Forense (REFOR). Considera - subsidiariamente - que la ponderación judicial que se ha hecho del daño es incorrecta, a tenor del examen que realiza del informe OXERA, del que se concluyen porcentajes más altos (entre el 10-20%) de los aplicados en la resolución apelada, sin que exista razón para apreciar que, en el presente caso, no estamos ante un supuesto de aplicación de tales porcentajes dada la naturaleza internacional del cártel, el amplio período temporal que abarca, etc.

3.- Respecto del Fundamento Jurídico Décimo, alega la errónea valoración en cuanto a la interpretación **de petición a la condena de los intereses**. Debiendo concederse los **misimos desde la compra** del vehículo de acuerdo con el suplico y la fundamentación jurídica de la demanda. La correcta interpretación de los artículos 1902 y 1108 (en relación con el considerando 19 de la Directiva) debe realizarse en el sentido de que el interés se devenga desde el momento en el que se produjo el daño, e invoca - entre otras - la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2012.

4.- Impugnación del Fundamento Jurídico Undécimo, pues la demandante considera que **procede la imposición de las costas procesales** a la parte demandada en aplicación del artículo 394 de la LEC en relación con la estimación íntegra de la demanda, que postula.



La representación de las codemandadas se opone al recurso de apelación por las razones que constan en el escrito y suplica la desestimación del recurso formulado, con expresa imposición de las costas de la apelación a la parte contraria.

2.- Recurso de apelación de la demandada FIAT CHRYSLER AUTOMOBILES, NV:

La entidad indicada desarrolla los siguientes motivos de apelación, que resume en el preliminar:

1.- Falta de legitimación de la demandante por falta de prueba de la efectiva adquisición del camión, porque lo adquirió la sociedad COOPERATIVA VALENCIANA DE TRANSPORTES LA VALL (LA Vall). Indica la recurrente que a pesar de la factura de MEDITERRÁNEA DE CAMIONES SL está extendida a su nombre, el permiso de circulación lo está a la sociedad. No ha acreditado el pago del preciso y la sentencia pasa por alto tal extremo.

2.- Prescripción de la acción porque considera que la sentencia considera erróneamente el 6 de abril de 2017, fecha de publicación de la versión no confidencial de la Decisión, como día inicial del cómputo, en lugar de la de 19 de julio de 2016, que es el día en que fue dictada la Decisión y la Comisión la anunció en su página web. La cuestión resulta determinante, porque las primeras reclamaciones extrajudiciales fueron el 15 de febrero de 2018 y ya había transcurrido el plazo.

3.- La Sentencia presume indebidamente la existencia de un daño y estima, también indebidamente, su cuantía. Argumenta sobre la incorrecta aplicación del artículo 1902 del C. Civil y las contradicciones y errores que aprecia en el Fundamento Jurídico Noveno de la sentencia apelada, pues presume la existencia del daño, si bien matiza que la demandante ha de acreditar su cuantía, y el recurrente considera que corresponde a la parte actora la carga de la prueba de su existencia y cuantía. Pese a rechazar el informe pericial aportado por la demandante, condena a su representada a indemnizar en una cuantía equivalente al 5% del precio de los vehículos, lo que resulta improcedente en el marco del artículo 1902 del C. Civil, limitándose a compartir el contenido de la sentencia que cita del Juzgado Mercantil 3.

3.1.- Afirma que la Sentencia vulnera gravemente los principios de irretroactividad y seguridad jurídica. No se comprende el cambio de criterio respecto de su Sentencia de 18 de febrero de 2019 en la que argumentó la desestimación de la demanda si no se logra acreditar el daño efectivo y su cuantía. Se acogen los criterios del Juzgado Mercantil 3 cuando estos contienen gravísimos errores jurídicos que hacen inviable el planteamiento estimatorio en relación con hechos acaecidos con anterioridad a la Directiva en conexión con la acción del artículo 1902 del C. Civil. Afirma que no localiza la sentencia que se cita, si bien se refiere a otras dos resoluciones de dicho juzgado en el mismo sentido, Y, seguidamente argumenta: i) Sobre la no retroactividad de las disposiciones sustantivas de la Directiva y sobre el "error calami" del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Valencia y su contagio a la sentencia apelada. Hace crítica del contenido de la sentencia citada porque sirve de marco a la que ahora se recurre. ii) La Directiva de Daños tiene un ámbito temporal de aplicación, y no comprende a los hechos producidos con anterioridad a la misma, iii) Y previo desarrollo de sus argumentos, se ocupa, a continuación de la identificación de los supuestos de hecho en que debe interpretarse el Derecho nacional conforme a una Directiva, esto es, al alcance del principio de interpretación conforme. No se puede tomar la fecha de la Decisión de la Comisión en julio de 2006 como base para la aplicación del principio de interpretación conforme. A la expresada fecha no había finalizado el plazo de transposición de la Directiva de Daños - que finalizó en Diciembre de 2016 - por lo que, en ese momento, no cabía todavía el principio de interpretación conforme, que sólo cabe después de la finalización del mismo; iv) Incorrecta aplicación de su propio criterio: no cabe interpretación conforme "contra legem" ni atentatoria a la seguridad jurídica y al principio de irretroactividad, conforme a los argumentos y citas que destaca en su escrito.

3.2.- La Sentencia concluye, erróneamente, que la conducta sancionada por la Decisión ha tenido efectos en el mercado, cuanto no es así por las siguientes razones: i) La Decisión se refiere esencialmente a intercambios de información y no analiza los efectos de la conducta en el mercado. El Juzgado no puede inferirlos por aplicación del artículo 17 de la Directiva de Daños. No estamos en un supuesto de concertación de precios.

3.3.- La doctrina ex re ipsa no es aplicable y la resolución del Juzgado Mercantil 3 "está plagada de incorrecciones" porque no es cierto que esté reconocida en todos los campos de la responsabilidad civil y en particular en los derivados de la infracción de las normas de la competencia, tampoco en el marco de la Sentencia del Tribunal Supremo relativa al cártel del azúcar, que es un supuesto muy distinto al que ahora nos ocupa. Las demás sentencias que se citan en las resoluciones controvertidas no se refieren a daños antitrust ni son aplicables, a lo que añade el carácter excepcional de la doctrina ex re ipsa respecto a la norma general. Por otra parte, para su aplicación se refiere que los daños sean evidentes, incontrovertibles y patentes, reales, efectivos y manifiestos: no es el caso de los daños antitrust porque ha sido reconocida la existencia de cárteles sin efectos, porque el demandante no acredita la existencia de daños y la demandada ha probado que la conducta no es susceptible de generar efectos en el mercado a través del informe pericial de COMPASS



(que transcribe parcialmente); y porque Utilizar un meta-estudio para estimar un daño carece de cualquier fundamento.

4.- Cualquier supuesto sobrecoste fue trasladado por el demandante a sus clientes aguas abajo o a través de la venta del vehículo, incluyendo la repercusión fiscal

Teniendo en cuenta que el demandante no es consumidor final, sino un profesional que utiliza el camión para su propia actividad profesional, el precio de adquisición forma parte de los costes del demandante. Em caso de que el demandante haya trasladado dicho sobrepeso a sus clientes, no habría sufrido daño alguno. Debíó ser lo suficientemente diligente para evaluar este punto.

El demandante vendió el camión, ya que el último adquirente lo compró el 16 de marzo de 2010 y lo dio de baja el 23 de diciembre de 2013. Y, entre ambos, habría sido adquirido por otras cuatro personas desconocidas, en 14-2-06, 23-5-06 4-2-09 y 1-4-09.

El juzgado no se ha pronunciado.

Y termina por solicita la revocación de la sentencia apelada y la íntegra desestimación de la demanda con imposición a la demandante de las costas de la primera instancia.

Se opuso, asimismo, al recurso planteado por la demandante, interesando su desestimación, quedando en tales términos planteada la cuestión, en esta alzada.

SEGUNDO.- Se acepta la fundamentación jurídica de la resolución recurrida, en cuanto no se oponga a lo que seguidamente pasamos a indicar.

Vamos a alterar el orden de las cuestiones propuestas por ambas partes, por razones de sistemática, y abordaremos, tal y como ya indicamos en la sentencia de esta Sala de 16 de diciembre de 2019 (rollo 1126/19, Ponente Sra. Martorell Zulueta), en primer lugar las relativas a la legitimación, para posteriormente abordar la prescripción, y, seguidamente las que afectan propiamente a los requisitos de la acción ejercitada.

2.1.- Jurisdicción de los Tribunales españoles para conocer de la demanda.-

Mediante un escueto otrosí, las apelantes reproducen su alegación sobre la falta de competencia judicial internacional de los Tribunales españoles para conocer, declinatoria que fue rechazada en primera instancia mediante Autos de 24 de octubre de 2018 y 26 de noviembre de 2018 que desestima la reposición contra el primero. Como dijimos en sentencia 238/2020 de 18 de febrero pasado, Ponente Sr. Seller:

Se remite la apelante a lo alegado en primera instancia sin manifestación adicional y, tal y como hizo el magistrado de instancia, debemos rechazarla fundando la jurisdicción de los tribunales españoles en la correcta interpretación que hace el Tribunal Supremo en sus resoluciones desde 26 de febrero de 2019, reiterado el criterio en Autos de 19 de marzo de 2019 (ROJ: ATS 3430/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3430 A), 2 de abril de 2019 (ROJ: ATS 4967/2019 - ECLI:ES:TS:2019:4967 A), 7 de mayo de 2019 (ROJ: ATS 5015/2019 - ECLI:ES:TS:2019:5015 y ROJ: ATS 5151/2019 - ECLI:ES:TS:2019:5151), 18 de junio de 2019 (ROJ: ATS 7499/2019 - ECLI:ES:TS:2019:7499 A), 25 de junio de 2019 (ROJ: ATS 7282/2019 - ECLI:ES:TS:2019:7282 A), 9 de julio de 2019 (ROJ: ATS 7830/2019 - ECLI:ES:TS:2019:7830 A), 8 de octubre de 2019 (ROJ: ATS 10149/2019 - ECLI:ES:TS:2019:10149 A), 5 de octubre de 2019 (ROJ: ATS 10564/2019 - ECLI:ES:TS:2019:10564 A) y 12 de noviembre de 2019 (ROJ: ATS 11930/2019 - ECLI:ES:TS:2019:11930 A). Por todos, en Auto de 22 de octubre de 2019 (ROJ: ATS 10921/2019 - ECLI:ES:TS:2019:10921A), se señala:

"Como declara esta sala en el auto de 26 de febrero de 2019 (conflicto 262/2018) cuyos fundamentos se reproducen en el auto de 25 de junio de 2019 (conflicto 94/2019):

"[...]El artículo 7.2 del Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, establece que una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro, en materia delictual o cuasidelictual, "ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso". La primera cuestión que se plantea es si ese precepto atribuye, además de competencia internacional a un Estado, competencia territorial a ese mismo "órgano jurisdiccional" de ese Estado.

La sala considera que las previsiones de dicho Reglamento establecen únicamente un fuero de competencia judicial internacional general que es el domicilio del demandado en un Estado miembro, abstracción hecha de la nacionalidad de la persona -artículo 4-, y una serie de excepciones, entre las que se encuentran las denominadas "competencias especiales" del artículo 7, que permiten, en determinadas clases de pleitos, demandar a algunas personas domiciliadas en un Estado miembro en otro Estado. Tal es el caso de las acciones de daños derivados de la infracción del derecho privado de la competencia. Una vez determinado, conforme a dichos criterios, que



los tribunales españoles son internacionalmente competentes para conocer de demandas contra cartelistas determinados por las resoluciones de la Comisión Europea cuyo domicilio está fuera de España, en atención a que el "hecho dañoso" se produjo en España, la competencia territorial se ha de determinar por la normativa procesal interna."

Esta misma consideración hicimos en Auto de esta Sala de 4 de diciembre de 2019 (Rollo 1525/19) y en Sentencia de 23 de enero de 2020 (Rollo 1147/19), como igualmente ha hecho la Audiencia Provincial de Lugo en Autos de 12 de noviembre de 2018 (ROJ: AAP LU 90/2018 - ECLI:ES:APLU:2018:90 A) y de 9 de enero de 2019 (ROJ: AAP LU 12/2019 - ECLI:ES:APLU:2019:12 A).

El motivo de recurso se desestima.

2.2. Sobre la legitimación ACTIVA.- Para ejercicio de la acción de daños por infracción de las normas de la competencia por parte del ACTOR Antonio .

La representación de FIAT CHRYSLER AUTOMOBILES NV considera que concurre tal falta de legitimación por falta de prueba de la efectiva adquisición del camión por quien insta la acción como demandante, porque lo compró la sociedad COOPERATIVA VALENCIANA LIMITADA DE TRANSPORTES LA VALL (La Vall). Indica la recurrente que, a pesar de que la factura, que se aporta, de MEDITERRÁNEA DE CAMIONES SL consta extendida a nombre del demandante, el permiso de circulación lo está a la sociedad. No se ha acreditado el pago del precio y la sentencia pasa por alto tal extremo.

La parte demandante aporta la factura de adquisición del vehículo sellada por el concesionario oficial de IVECO, MEDITERRÁNEA DE CAMIONES, de fecha 14 de julio de 2007. Dicho importe de compra no consta que haya sido objeto de reclamación por lo que hemos de concluir que se pagó por el adquirente.

El demandante, en el acto del juicio, explicó que la tarjeta la expide una cooperativa por razones económicas, pero el damnificado y perjudicado no es otro que el adquirente.

La Decisión, en el considerando 25 inserto en el punto. 1.3.2. señala que la venta por medios de distribuidores y sus respectivas redes de concesionarios autorizados debe equipararse a la venta por el fabricante, sin que la parte demandada recurrente haya negado la condición como tal de la vendedora, habiéndose adquirido el vehículo en el período de la infracción, lo que nos ha de llevar a mantener la condición de perjudicado del reclamante.

Por ello, resolvimos en las resoluciones citadas, sobre tal aspecto, que:

<<No falta razón a la recurrente cuando sostiene que la Directiva 2014/104 no es aplicable al caso y no puede el Juzgador justificar su criterio en una norma de la que afirma, previamente, que no es de aplicación.

No obstante, no es necesario acudir a la Directiva 2014/104 (ni a su transposición a nuestro ordenamiento jurídico) para resolver el problema de la legitimación activa. Basta con acudir al artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y a las resoluciones del TJUE que sirven de precedente a la regulación actual. Nos referimos, en particular a la Sentencia del TJCE de 20 de septiembre de 2001 (C-453, Courage) que establece un concepto amplio de perjudicado cuando admite que cualquier sujeto damnificado por un ilícito antitrust está legitimado para reclamar el resarcimiento de los daños sufridos. Y a la Sentencia del TJUE de 13 de julio de 2006 (C-295 a C-298, Manfredi) que reitera que cualquier persona afectada por un comportamiento contrario a las normas de competencia puede solicitar la reparación del perjuicio sufrido.

En la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, el concepto de "perjudicado" hace referencia a la persona que ha experimentado un daño o menoscabo moral o material, por consecuencia de la acción de un tercero (Sentencia de 14 de febrero de 1980, ROJ: STS 73/1980 - ECLI:ES:TS:1980:73).

Desde una perspectiva amplia del concepto de perjudicado, esta Sección de la Audiencia de Valencia, considera que están afectados por la conducta quienes pagaron de más en la adquisición de la propiedad o del derecho a la explotación de los bienes cartelizados. No podemos desconocer la descripción de las características del mercado de los camiones que resulta de la Decisión de la Comisión, y en particular (parágrafo 26) que la adquisición de estos bienes se realiza por clientes industriales por tratarse de bienes duraderos para uso profesional, que, tienen un elevado coste, y que - añadimos - pueden estar sujetos a financiación, especialmente en el marco de un sector tan fragmentado como el del transporte en España.

Es indiferente, a nuestro criterio, que el pago del camión adquirido fuera satisfecho al contado, a plazos, o a través de arrendamiento financiero ...porque el precio pactado con la financiadora no deja de estar vinculado al coste de la adquisición de los camiones. Cuestión distinta es la determinación del daño efectivamente sufrido porque no podrán formar parte de la indemnización conceptos ajenos al coste del vehículo, tales como costes financieros,



de mantenimiento e incluso tributos. De facto, el juzgador "a quo", al fijar el importe objeto de condena excluye expresamente el IVA (FJ 9º in fine).

Cuanto se ha expuesto pone de relieve la condición de afectado, y nos permite seguir con el análisis de las demás cuestiones planteadas>>.

Lo hasta aquí expuesto ha de llevar a rechazar tal motivo de recurso.

2.3.-Sobre la legitimación PASIVA de CNH INDUSTRIAL NV.

La sentencia apelada estimó la falta de legitimación pasiva de CNH INDUSTRIAL NV argumentando que la adquisición de los camiones por la actora es anterior al momento en que tuvo lugar la participación en el cártel de CNH INDUSTRIAL NV, con la consecuente absolución de los pedimentos deducidos contra ella, y limitación de la condena a la entidad codemandada.

El primero de los motivos de recurso que plantea la actora tiene por objeto cuestionar el pronunciamiento absolutorio, y se refiere expresamente a la modificación estructural de IVECO, con invocación de los criterios del TJUE que considera de aplicación al caso.

El motivo de apelación debe ser acogido, por las razones que ya explicitamos en la sentencia citada de 16 de diciembre de 2019 (rollo 1126/19) y en la muy reciente de 18 de febrero de 2010 (rollo 1611/19). Decíamos que:

<< No compartimos los argumentos de la resolución apelada sobre la falta de legitimación de la demandada para soportar la acción. Por ello, y en cumplimiento del deber de motivación que nos impone el artículo 218 en relación con el 465.5 de la LEC , expondremos las razones que nos conducen a la revocación de la sentencia en este punto.

En el párrafo 14 de la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016 se incluye a CNH INDUSTRIAL en la descripción de las sociedades de IVECO que se consideran responsables de la infracción. Más adelante, en el párrafo 43, cuando la Comisión se refiere a la solicitud de transacción de cada uno de los destinatarios de la Decisión, se hace expresa referencia al "reconocimiento, en términos claros e inequívocos, de su responsabilidad en la infracción". Y en el 97 (d) se le declara conjunta y solidariamente responsable de la Infracción cometida por IVECO, en su condición de sociedad matriz por la conducta de su filial (indirecta) IVECO Magirus AG, desde el 11 de enero de 2011 hasta el 18 de enero de 2011, constando su reconocimiento de que, en dicha condición de sociedad matriz ejerció influencia decisiva sobre su filial IVECO SpA, así como sociedad matriz (indirecta) sobre la citada IVECO Magirus AG. Finalmente, en el artículo 4, aparece entre las destinatarias de la Decisión. De ello se deduce, a priori, su legitimación para soportar las acciones de reclamación de daños consecuencia de la infracción sancionada, sin necesidad de mayor razonamiento.

La responsabilidad que resulta de la Decisión de la Comisión es solidaria. No puede exigirse al eventual perjudicado que haga una labor de investigación y valoración de las conductas de las destinatarias de la infracción en función de sus modificaciones estructurales y concretos períodos en que, en cada momento, operaron bajo una distinta denominación. Por ello, los coinfractores son conjuntamente responsables de la totalidad del perjuicio causado por la infracción, en el ámbito de la relación externa de la solidaridad, y sin perjuicio de la eventual distribución entre codeudores (relación interna).

No podemos perder de vista que en la propia Decisión de la Comisión se hace referencia a la modificación estructural de IVECO considerada como "empresa" desde la perspectiva de las decisiones del TJUE.

A lo largo del párrafo 97 (en sus diversos apartados) se refiere a FIAT CHRYSLER AUTOMOBILES NV como "antigua" sociedad matriz de IVECO SpA. En la Tabla 2 (párrafo 120) relativo a la duración de la infracción, se atribuye a la "empresa" IVECO un período comprendido entre el 17 de enero de 1997 y el 18 de enero de 2011. Y si volvemos al párrafo 97 encontraremos la relación de las sociedades que se consideran conjunta y solidariamente responsables de la infracción cometida, entre las que se encuentra - como ya hemos dicho - la entidad codemandada. Resulta de lo actuado que el origen de CNH INDUSTRIAL NV y de FIAT CHRYSLER AUTOMÓBILES NV es la consecuencia de la separación de Fiat SpA, en 2011, en dos sociedades, así como de procesos de modificación estructural que condujeron a la conformación de las codemandadas (Nota 14 a pie de página relativa al párrafo 35 de la Decisión de la Comisión).

Sin perjuicio de cuanto se ha expuesto (suficiente para estimar el motivo de apelación, por resultar directamente de la Decisión de la Comisión que sirve de base a la acción ejercitada), simplemente apuntaremos la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la que, en relación a los conceptos de "empresa" y "unidad económica" es posible la extensión de la responsabilidad en el ámbito de la sucesión empresarial derivada de las modificaciones estructurales, y en particular, la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2019, C- 724/17 .>>



A la vista de lo expuesto, y estando descrita en la Decisión de la Comisión la modificación estructural que permite la aplicación de la doctrina expuesta del TJUE, reconocemos a CNH INDUSTRIAL NV legitimación pasiva para soportar la demanda frente al actor, lo que supone, de inicio, una estimación parcial del recurso planteado por la dirección letrada de Antonio .

TERCERO.-Sobre la prescripción de la acción.

Partimos de que la acción ejercitada es una acción consecutiva. En particular, la instada por Antonio (en su calidad de adquirente de un vehículo industrial MIL 120 E 24, con matrículaDXY y precio, sin IVA, de 36.700 Euros, como expresa la demanda, al amparo del artículo 1902 del C. Civil (en reclamación de daños por infracción de las normas de la competencia, consecuencia del denominado "cártel de los fabricantes de camiones").

En la sentencia, ya citada, número 1379/19 dictada por esta Sala el 16-12-19, así como la 1380, misma fecha (ponente Sra. Martorell Zulueta), reiterado en la de 18 de febrero de 2010 (rollo 1611/19), Ponente Sr. Seller Roca de Togores) resolvimos lo que sigue:

<<No ha sido controvertida la aplicación - por razones temporales - del plazo prescriptivo de un año a que se refiere el artículo 1968.2 del C. Civil . Lo que se discute es el momento a partir del cual debe computarse.

La representación demandada (motivo SEGUNDO de su recurso, página 7) considera que empieza a correr - desde la Decisión de la Comisión Europea (19 de julio de 2016). En tal fecha - según argumenta- el demandante ya dispuso de toda la información que precisaba para poder demandar, dado que la nota publicada "desgranó con absoluto detalle, todos los presupuestos subjetivos, objetivos y causales" que permitían al demandante el ejercicio de la acción (conductas, identidad de infractores, multas, costes de tecnología, etc.). Y añade la amplia difusión que tuvo la noticia de las multas impuestas por la Comisión.

Partiendo de tal fecha considera que el demandante reclamó por primera vez más de un año después de haber tenido los elementos fácticos y jurídicos para hacerlo, por lo que la acción estaría prescrita.

No podemos acoger tales argumentos.

El magistrado "a quo", en el Fundamento QUINTO de la Sentencia, fija el día inicial del cómputo en conexión con el momento en que fue publicado el resumen de la Decisión en el Diario Oficial de la Unión Europea el 6 de abril de 2017, por lo que al tiempo de la presentación de la demanda ... de 2018, la acción no había prescrito. Este criterio ha sido seguido mayoritariamente por los Juzgados de lo Mercantil que han dictado los primeros pronunciamientos en los procesos iniciados en esta materia, con sustento en el artículo 1969 del C. Civil y los principios orientadores de la Directiva 2014/104/UE (considerando 36).

No hay que acudir a la Directiva para resolver la cuestión.

Sin perjuicio de los criterios que resultan de la Sentencia del TJUE de 13 de julio de 2006 (asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04 , Manfredi, en materia de prescripción) conviene recordar, con la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2019 (ROJ: STS 2508/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2508 , que cita pronunciamientos anteriores de los que resulta su doctrina) que:

1.- La prescripción ha de ser interpretada restrictivamente por tener su fundamento en razones de seguridad jurídica y no de justicia material (STS N.º 326/2019, de 6 de junio).

2.- El plazo de prescripción es improrrogable, no siendo posible una interpretación extensiva de los supuestos de interrupción (Sentencias de 19 de octubre 2009 y 16 de marzo 2010 , entre otras).

3.- Con cita de su Sentencia N.º 721/2016, de 5 de diciembre , razona que la aplicación de la prescripción por los Tribunales no debe ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva y que al llevar a cabo la labor interpretativa se ha de tener presente el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) en su vertiente de acceso a la jurisdicción, "ya que la estimación de la prescripción adquiriría relevancia constitucional cuando sea el resultado de una interpretación y aplicación legal que por su rigorismo, formalismo excesivo o desproporción entre los fines que preservan la consecuencia de cierre del proceso, se conviertan en un obstáculo injustificado para resolver sobre la pretensión deducida (por todas STC 148/2007, de 18 junio)."

Añadimos a lo anterior que:

1.- Con arreglo a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de septiembre de 2013 (STS 4739/2013 - ECLI: ES:TS:2013:4739) el conocimiento del daño sufrido determina el comienzo del plazo de prescripción. En el Fundamento Jurídico Sexto, por referencia al momento en que la demandante tuvo acceso a la información por la entrega de un soporte informático que la contenía, dice que "Sólo a partir de ese momento, la perjudicada por



el acto de abuso de posición de dominio estaba en condiciones de conocer el alcance del perjuicio causado y determinarlo, para poder reclamar de la demandada su indemnización".

2.- La Sentencia de la Sección 28 de la Audiencia de Madrid de 3 de julio de 2017 (Roj: SAP M 9034/2017 - ECLI: ES: APM:2017:9034 - relativa al cártel del seguro decenal, Resolución de la CNC de 12 de noviembre de 2009), con cita - entre otras - de las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2016 y 20 de octubre 2015 dice que "la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir." Y añade: "Este principio exige, para que la prescripción comience a correr en su contra, que la parte que propone el ejercicio de la acción disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar" (...). Pues bien, siendo de ordinario las prácticas colusorias conductas de carácter complejo mantenidas en el tiempo y en las que intervienen varias personas o entidades mercantiles, no creemos que la simple noticia de que un reasegurador ha retirado su oferta por razón de virtuales presiones, pese a representar un indicio de esa clase de prácticas, constituya a su receptor en una situación de "aptitud plena para litigar". Como tampoco posee tal capacidad la mera noticia de que el órgano administrativo de defensa de la competencia está llevando a cabo una investigación sobre el particular, al menos mientras no se tenga constancia del resultado final de dicha investigación en sede administrativa."

(...)

A nuestro criterio, **el plazo inicial del cómputo debe situarse - como resulta de la sentencia apelada - en la fecha de la publicación de la versión no confidencial de la Decisión en el DUE el 6 de abril de 2017**. Fue a partir de entonces cuando se pudo conocer, de forma más adecuada, la infracción continuada del artículo 101 del TFUE que había operado - en términos generales - desde el 17 de enero de 1997 hasta el 18 de enero de 2011>>

En consecuencia, hemos de dar plena viabilidad al argumento del fundamento jurídico quinto de la sentencia recurrida, habida cuenta, además, del requerimiento extrajudicial por burofax de 15 de febrero de 2018, que interrumpe la prescripción, de modo que debe decaer tal motivo de recurso.

CUARTO.- Sobre la normativa aplicable y el principio de interpretación conforme.

Dijimos en las resoluciones anteriormente citadas dictadas por esta Sala con fecha 16/12/2019, reiterado en la dictada con fecha 20 de diciembre de 2019 (rollo 1032/2019) y en la muy reciente de 18 de febrero de 2020 (rollo 1611/19) lo que sigue, en relación con dicho motivo de recurso:

<<Los hechos origen de la demanda son anteriores a la Directiva 2014/104/UE. Ello determina que la parte actora haya ejercitado su acción de reclamación de daños al amparo del artículo 1902 del C. Civil, y no al de la Ley de Defensa de la Competencia, derivado de la transposición de la Directiva 2014/104.

Como resulta de la Sentencia del TJUE de 28 de marzo de 2019 (Caso Cogeco C-637/17) no es posible interpretar el derecho nacional conforme a la Directiva, cuando los hechos que se enjuician son anteriores a la misma, atendida la incorporación de una norma particular expresa sobre el ámbito de aplicación temporal de sus disposiciones (artículo 22, apartados 1 y 2).

Sin embargo, no cabe desconocer el previo acervo jurisprudencial del TJUE conforme al cual debe interpretarse nuestro derecho, y en particular el artículo 1902 del C. Civil (en conexión con el artículo 1106 del mismo cuerpo legal) cuando la acción que se ejercita es la de reclamación de daños por infracción de las normas de la competencia.

Nuestro Tribunal Supremo, en la Sentencia de 7 de noviembre de 2013 (ROJ: STS 5819/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5819), anterior a la Directiva, ya definió los parámetros interpretativos aplicables por referencia a la jurisprudencia del TJUE, al enlazar el análisis de las cuestiones controvertidas (y en particular a la defensa del "passing on" por la parte demandada) al "principio general del Derecho de la competencia de que cualquier persona tiene derecho a solicitar la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la competencia (sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Pleno, de 20 de septiembre de 2001, caso Courage, asunto C-453/99, y de la Sala Tercera, de 13 de julio de 2006, caso Manfredi, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04)." Y en defecto de una regulación comunitaria específica sobre el resarcimiento de daños y perjuicios en el Derecho de la competencia, afirmó que la cuestión había de resolverse aplicando las normas de Derecho interno.

Nos encontramos ante el mismo escenario en la medida en que, por ser los hechos anteriores a la entrada en vigor de la Directiva 2014/104 (y su ulterior transposición a nuestro ordenamiento), no cabe su aplicación retroactiva, lo que no significa - como hemos anunciado en las líneas precedentes - que no dispongamos de instrumentos para resolver los temas litigiosos que se someten a nuestra consideración sin necesidad de forzar el principio de interpretación conforme, máxime cuando:



1) Los artículos 101 y 102 del TFUE producen efectos directos en las relaciones entre particulares, generando para los afectados, derechos y obligaciones que los órganos jurisdiccionales nacionales deben aplicar (se declara, entre otras, en la Sentencia del TJCE de 20 de septiembre de 2001- Courage C453/99 - en línea con otros pronunciamientos anteriores).

2) La Directiva 2014/104 se sustenta en los criterios jurisprudenciales precedentes del TJUE, por lo que no es necesario acudir a la cita - siquiera a efectos de interpretación orientativa - de un concreto precepto de la norma, porque en el considerando 12 se dice literalmente: "**La presente Directiva confirma el acervo comunitario sobre el derecho a resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por infracciones del Derecho de la competencia de la Unión, especialmente en relación con la legitimación y la definición de daños y perjuicios, de la forma establecida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y no prejuzga ninguna evolución posterior del mismo.**"

3) Por tanto, acudiremos a la jurisprudencia comunitaria de la que Directiva se hace eco, para resolver los temas que nos plantean ambas partes litigantes. Y así en líneas generales (no exhaustivas):

a) La Sentencia del TJUE (Sala Quinta) de 5 de junio de 2014 (Caso Kone), en sus apartados 20 a 26 (ambos inclusive) recoge la doctrina del Tribunal sobre: i) La eficacia directa de los artículos 101 TFUE, apartado 1 , y 102 TFUE en las relaciones entre particulares (Sentencias BRT/SABAM, 127/73 , EU:C:1974:6, apartado 16; ii) La posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la competencia (sentencias Courage y Crehan, EU:C:2001:465 , apartado 26; Manfredi y otros, EU:C:2006:461 , apartado 60; Otis y otros, C 199/11 , EU:C:2012:684 , apartado 41, y Donau Chemie y otros, C 536/11 , EU:C:2013:366 , apartado 21) y el derecho a solicitar la reparación del daño sufrido cuando exista una relación de causalidad entre dicho daño y el acuerdo o la práctica prohibidos; iii) Ante la inexistencia de una normativa de la Unión en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las modalidades de ejercicio del derecho a solicitar la reparación del daño resultante de un acuerdo o práctica prohibidos por el artículo 101 TFUE , incluso a la aplicación del concepto de "relación de causalidad", siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad (sentencia Manfredi).

b) De la Sentencia Manfredi (C-295/04 a C-298/04) de 13 de julio de 2006, y a los efectos de interés para nuestra decisión, resulta que: i) "en virtud del principio de efectividad y del derecho de toda persona a solicitar la reparación del perjuicio causado por un contrato o un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la competencia, los perjudicados no sólo deben poder solicitar reparación del daño emergente, sino también del lucro cesante, así como el pago de intereses", ii) "En cuanto al pago de intereses, el Tribunal de Justicia recordó en el apartado 31 de su sentencia de 2 de agosto de 1993, Marshall (C-271/91 , Rec. p. I-4367) que su concesión, según las normas nacionales aplicables, constituye un elemento indispensable de la indemnización." iii) Y en línea con lo plasmado en la Directiva, se excluye un eventual exceso de resarcimiento.

c) En el marco del ejercicio de una acción de resarcimiento, sin desconocer la situación concreta examinada por el TJCE en la Sentencia de 20 de septiembre de 1999 (Courage), son elementos a valorar por el juez en el marco de una acción de indemnización de daños y perjuicios "el contexto económico y jurídico en el que se hallan las partes, ..., el poder de negociación ... posición de inferioridad notoria con relación a la otra parte... capacidad para evitar el perjuicio o limitar su cuantía, ...".

d) La Sentencia - ya citada - de 28 de marzo de 2019 - si bien en relación con el artículo 102 del TFUE - se refiere a ese acervo jurisprudencial, y cita, en particular a la Sentencia de 5 de junio de 2014 (Kone y otros C-557/12), fijando las mismas conclusiones apuntadas en el apartado a.

4) Tampoco podemos obviar que, con anterioridad a la Directiva, existían normas [Reglamento (CE) 1/2003 de 16 de diciembre de 2002] y trabajos a considerar (Libro Verde sobre acciones indemnizatorias en 2005, Libro Blanco en 2008), siquiera a efectos orientativos. Igualmente es importante citar la Comunicación oficial de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimientos de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 13 de junio de 2013, y la Guía Práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , también en 2013. De esta última resulta (amen de la identificación de los métodos de cuantificación) los siguientes aspectos relevantes para nuestra decisión:

a. El mero hecho de que las empresas participen en las actividades ilegales propias de un cártel, pese al riesgo que entraña para ellas la infracción de las normas de la competencia, "indica que esperan obtener substanciales beneficios de sus acciones, es decir, que el cártel produzca efectos en el mercado, y, por consiguiente, en sus clientes."



b. Las conclusiones que se expresan en los párrafos 139 a 145 de la Guía, se apoyan en un estudio encargado por la Comisión, sustentado, a su vez, en una serie de estudios empíricos ya existentes sobre los efectos de los cárteles. Se concluye, en concordancia con otros análisis, que en el 93% de los casos se producen sobrecostes, siendo el coste excesivo medio (resultante de los datos analizados) del 20%. Y dice en el 145: "Estas conclusiones de los efectos de los cárteles no sustituyen a la cuantificación del perjuicio específico sufrido por los demandantes en un asunto concreto. Sin embargo, los tribunales nacionales, basándose en este conocimiento empírico, han declarado que es probable que, por regla general, los cárteles den lugar a costes excesivos y que cuánto más duradero y sostenible ha sido un cártel, más difícil le resultaría a un demandado alegar que no había habido un impacto negativo sobre los precios en un caso concreto."

5) En nuestro ámbito interno, sin perjuicio de salvar las diferencias propias de cada caso enjuiciado, la Sentencia de 7 de noviembre de 2013 (citada) nos ofrece pautas relevantes en orden a la valoración de las pruebas periciales y la cuantificación del daño. De su contenido se desprende que un escenario de dificultad probatoria no debe impedir que las víctimas reciban un importe de indemnización adecuado por el perjuicio sufrido, sino que tal dificultad justificaría una mayor amplitud o flexibilidad de los jueces para estimar el perjuicio en la medida en que el cálculo de las indemnizaciones haya de realizarse sobre hipótesis de situaciones fácticas no acaecidas realmente. Ello no permite, sin embargo, la arbitrariedad ni la confusión entre "flexibilidad" y solución "salomónica" carente de justificación.

Al hilo de lo anterior, recordamos la doctrina consolidada relativa a los principios de disponibilidad y facilidad probatoria que resulta, entre otras, de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2014 (ROJ: STS 5212/2014 - ECLI:ES:TS:2014:5212) en la que, con cita de la sentencia de 30 de marzo de 2010 (ROJ: STS 1866/2010 - ECLI:ES:TS:2010:1866), destaca que su aplicación "hace recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que se halla en una posición prevalente o más favorable, por la disponibilidad o proximidad a su fuente." Criterio que se reitera en la Sentencia de 5 de octubre de 2016 (ROJ: STS 4273/2016 - ECLI:ES:TS: 2016:4273) y en la Sentencia de 7 de septiembre de 2019 (ROJ: STS 2854/2019 - ECLI:ES:TS: 2019:2854), que excluye su aplicación "cuando ambas partes litigantes se encuentran en la misma posición jurídica." Ello exige la ponderación de quien ostenta la posición prevalente y la facilidad de acceso a la información

6) Añadimos, finalmente que, también nuestro Tribunal Supremo, en diversos supuestos (propiedad industrial, competencia desleal, ...) ha estimado correcta la presunción de existencia del daño cuando se produce una situación en que su existencia "se deduce necesaria y fatalmente del ilícito o del incumplimiento, o son consecuencia forzosa, natural e inevitable, o daños incontrovertibles, evidentes o patentes, según las diversas dicciones utilizadas. Se produce una situación en que "habla la cosa misma" ("ex re ipsa"), de modo que no hace falta prueba, porque la realidad actúa incontestablemente por ella". Así resulta, entre otras, de la Sentencia de la Sala Primera de 17 de julio de 2008 (Rec. 2268/2001) o más recientemente, de la de 21 de octubre de 2014 (ROJ: STS 3936/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3936).

La Audiencia de Zaragoza (sección 5ª), en la Sentencia de 1 de septiembre de 2015 (ROJ: SAP Z 1823/2015 - ECLI:ES:APZ:2015:1823) se refiere a la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la indemnización correspondiente a los casos de daños o perjuicios causados como consecuencia de actos de competencia desleal, y la aplicación "por lo general, salvo ciertas excepciones" de la doctrina "ex re ipsa" (cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2014). Y extrae las siguientes conclusiones: 1) en principio, se presume la existencia del daño cuando deriva de actos de los que por la propia razón de las cosas el daño ha de haberse causado. 2) se requiere que tales actos o conductas sean de tal entidad o naturaleza que deba entenderse que producen necesariamente el daño, en cuyo caso, el afectado solo ha de probar el hecho del comportamiento desleal y la relevancia del mismo. 3) La aplicación debe hacerse con "cautela y prudencia" (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2014): la flexibilidad probatoria "no obsta al hecho de que a quien reclame la indemnización de unos daños y perjuicios corresponda su prueba inicial, o cuando menos la exposición razonada y convincente de los hechos que permitan valorarlo en su justa medida, conforme a Jurisprudencia mantenida constantemente, sin tener que pasar por el reconocimiento de cantidades por esta vía de indemnización claramente fuera de lugar, que carezcan del debido fundamento, sin prueba suficiente que permita con cierta claridad precizarla."

La Audiencia de Alicante (Sección 8ª) ha tenido en cuenta la dificultad probatoria con que, en ocasiones, se encuentra la parte que reclama, y así lo indica, cuando toma en consideración que "la iniciativa probatoria ha partido del demandante que ha contado con unas fuentes de información limitadas y condicionadas por el propio demandado" (Sentencia de 31 de mayo de 2019, ROJ: SAP A 2183/2019 - ECLI:ES:APA:2019:2183).

Estos elementos (a modo descriptivo y no exhaustivo, o excluyentes de otros resultantes de las resoluciones del TJUE y de nuestro propio Tribunal Supremo) nos permiten fijar el marco en el que resolver las cuestiones controvertidas sin necesidad de forzar argumentos o referencias a los concretos preceptos de la Directiva (ni a la Ley de Defensa de la Competencia en su versión vigente tras la transposición), pues tales normas, como ya hemos apuntado, son el trasunto de los criterios ya existentes en los pronunciamientos del Tribunal de Justicia, lo



que nos permite dar una respuesta conforme al derecho y jurisprudencia aplicable en el momento de producirse los hechos.

Por tanto, en el análisis de los presupuestos que resultan del artículo 1902 del C. Civil en interpretación conforme a los criterios de la jurisprudencia comunitaria, fijamos como primera conclusión la concurrencia del primero de los presupuestos exigidos por el artículo 1902: la existencia de una infracción reconocida, y declarada por quien tiene competencia para ello. La Decisión de la Comisión justifica el ejercicio de la acción planteada por ... en reclamación de daños y perjuicios, frente a quienes han sido destinatarias de la sanción impuesta por ella.

En el presente supuesto, la situación examinada es análoga, por lo que el motivo de recurso debe decaer, aplicándose idéntica argumentación a la que aquí se deja expresada.

QUINTO. - Sobre los tres elementos que configuran la responsabilidad extracontractual prevista en nuestro art. 1902 CC : acción u omisión, existencia del daño y nexa causal.

La resolución dictada en la instancia describe las respectivas posiciones de las partes en el litigio (Fundamentos 1º y 2º) e identifica los hechos controvertidos.

El actor afirmó haber sufrido un daño como consecuencia de la existencia de un cártel de fijación de precios en el que habían participado las entidades demandadas, aportando para la acreditación del ilícito que sustenta la acción la versión no confidencial de la Decisión de la Comisión de 6 de abril de 2017 .

Ya hemos dicho que entendíamos, a los fines de legitimación, la acreditación documental de su condición de perjudicado.

El demandante, en el acto del juicio, afirmó que los precios que percibía de los transportes no variaban y los fijaba la empresa contratante, sin que el precio abonado por el camión en su momento haya tenido repercusión en los precios exigidos y satisfechos. Precisábamos, en este mismo ámbito, al hilo de lo anterior, en sentencia de 18 de febrero de 2020, que invocaba, a su vez, la de 23 de enero de 2020 lo que sigue:

<< Debemos indagar así sobre los tres elementos que configuran la responsabilidad extracontractual prevista en nuestro art. 1902 CC : acción u omisión, existencia del daño y nexa causal.

Las apelantes sostienen que las conductas sancionadas, dada su naturaleza (mero intercambio de listas de precios brutos e información sobre precios brutos), no han tenido efectos en el mercado sin que, además, la propia Decisión así lo exprese.

La demandante no habría acreditado tal efecto (daño) y no es posible acudir para ello a la doctrina ex re ipsa, no aplicable a daños antitrust como los presentes, al no tratarse de un derecho preexistente el vulnerado y no tratarse de daños incontrovertibles y manifiestos. Antes al contrario, a la vista de la conducta descrita son improbables tales efectos colusorios (lo que trata de justificar mediante la pericial aportada, COMPASS LEXECON). Rechaza por último que el informe OXERA 2009 sea un elemento adecuado para calcular el sobrecoste asumido por el demandante (en caso de que se hubiera acreditado) habiendo sido rechazado (oportunamente) el informe aportado por la actora, fundado en el mismo método.

1. Acción u omisión ilícita.

No procede que la Decisión de la Comisión haga pronunciamiento expreso sobre los efectos de la conducta en el mercado, por cuanto para que la conducta colusoria sea sancionable, basta con que sea susceptible, sea apta para generar tal efecto anticompetitivo en el mercado. Por ello, cualquier indicación que la decisión haga al respecto debe considerarse muy relevante.

Tal y como hemos señalado, entre otras, en la Sentencia de 23 de enero de 2020 (Rollo 1147/19):

"Sin perjuicio de las respectivas valoraciones que las partes hace del contenido de la Decisión y de los términos en los que se expresa la resolución apelada, de lo que no cabe duda para esta Sección de la Audiencia de Valencia, es que la Decisión reconoce un ilícito (que sanciona), y que dicho reconocimiento abre la vía al ejercicio de las acciones "follow on" a los eventuales perjudicados por las conductas colusorias que describe. La Comisión sanciona la conducta continuada de las destinatarias de la Decisión consistente en el intercambio de información con la finalidad de alterar, distorsionar o falsear el proceso de fijación independiente de los precios y su evolución normal en el espacio económico europeo, eliminando incertidumbres "y en último término de la reacción de los clientes en el mercado" (apartados 71 y 74).

Y aun cuando es cierto que en el apartado 82 - con cita de la jurisprudencia del TJUE - afirma que no es necesario "tomar en consideración los efectos reales del acuerdo" ni, a los efectos de su calificación, "demostrar que la conducta ha tenido efectos anticompetitivos, en la medida en que ha quedado probado su objeto anticompetitivo", ello no significa que podamos acoger la tesis de la demandada en orden a la ausencia de efectos



de la conducta sobre el mercado. Que no se haya necesitado examinar el efecto real para calificar la conducta e imponer la sanción, no significa que se hayan descartado los efectos. Más bien al contrario: dicho lo anterior, en el apartado 85 es la propia Comisión la que establece la presunción de que la conducta sancionada "tiene efectos apreciables sobre el comercio". Y tan es así, que en la nota de prensa que se publica en la misma fecha, contiene un último apartado relativo a las acciones por daños dirigido a los eventuales afectados por la conducta descrita en el caso (documento 5 al folio 210 y siguientes del primer tomo).

Por tanto, en el análisis del primero de los presupuestos que resultan del artículo 1902 del C. Civil en interpretación conforme a los criterios de la jurisprudencia comunitaria, fijamos como primera conclusión la existencia de una infracción reconocida, y declarada por quien tiene competencia para ello, con efectos sobre el mercado, que permite seguir avanzando en el examen de los demás requisitos de la acción. "

2. Nexo causal. Teniendo en cuenta la conducta objeto de la decisión, la propia jurisprudencia europea admite tal efecto. Tal y como apuntábamos en nuestra Sentencia de 16 de diciembre de 2019 :*"La incidencia de los precios brutos hacia los precios netos fue apreciada en la Sentencia del TGUE de 16 de septiembre de 2013 (prácticas colusorias en el ámbito del mercado de aparatos sanitarios, sobre coordinación de los incrementos de precios e intercambio de información sensible) invocada por la parte actora; respecto de la cual, la Sentencia del TJUE de 3 de julio de 2018 (T-379/10 y T-381/10) desestima el recurso de casación formulado contra ella. En los párrafos 60 a 67 de la Sentencia de 2013 se contienen apreciaciones sobre la influencia en los precios de venta a los consumidores de la coordinación anual de los precios de las listas de los fabricantes (con incidencia primero, en el nivel fijado para los mayoristas, y después para el destinatario final del producto), y se aprecia la posibilidad de que los incrementos coordinados de los precios de catálogo repercutan en los precios pagados por mayoristas y consumidores finales. "*

Pugna con las más elementales reglas empresariales compartir una información tan sensible con los competidores (precios brutos) si no es para obtener un beneficio común, siendo la finalidad más patente la de alcanzar una coordinación de los precios netos de venta a mayoristas y consumidores. Pero aún es menos razonable que tal consecuente coordinación de precios netos suponga un abaratamiento de los precios de venta final, en detrimento del interés económico de los integrantes del cártel. El conocimiento de los márgenes de beneficio del competidor nos permite ajustar el comportamiento comercial del modo más exitoso para nuestros intereses económicos.

En nuestra sentencia de 23 de enero de 2020 , indagando en el contenido de la decisión, encontrábamos elementos en los que sustentar esa relación de causalidad:

"... en el párrafo 27 de la Decisión de la Comisión se describe el proceso de fijación de precios en el sector de los camiones. Su punto de partida es el precio de lista bruto inicial fijado en la Sede Central (objeto de la conducta sancionada), al que sigue la fijación de precios de transferencia a través de las filiales de distribución, ulteriores precios a concesionarios - en su caso -, y finalmente los precios netos de venta a clientes, que, según se indica "reflejan descuentos sustanciales sobre el precio de lista bruto inicial".

Como ya hemos avanzado, el considerando 85 contiene una presunción de efectos de la conducta sobre el mercado que no queda desvirtuada por las alegaciones que efectúa la parte demandada para afirmar su inexistencia: carácter cíclico de la demanda, heterogeneidad del producto, transparencia del mercado, fuerte negociación de precios entre compradores y vendedores, espacio geográfico, duración de la infracción, etc. Todos esos elementos que alega la parte resultan del propio tenor de la Decisión (apartados 1.3.3 - características del mercado de los camiones, 1.3.4 - mecanismos de fijación de los precios y listas de precios brutos -, 1.3.4 - grado de transparencia del mercado- 3.3 - ámbito geográfico-, 3.4 - duración-, ...). Y pese a ello, la Comisión dice en el indicado considerando: "En el presente caso, atendiendo a las cuotas de mercado y el volumen de negocios de los Destinatarios de la Decisión en el EEE, cabe presumir que la conducta tiene efectos apreciables sobre el comercio. A su vez, la dimensión geográfica de la infracción, que afectó a varios Estados Miembros, y la naturaleza transfronteriza de los productos confirman que los efectos sobre el comercio son apreciables."

3. Daño. Por ello, tal y como expresamos en nuestras sentencias de 16 de diciembre de 2019 y posteriores es plenamente correcto el recurso a la doctrina *ex re ipsa* aplicada por la sentencia de instancia, entendida esta como una presunción *iuris tantum* y, por tanto, susceptible de ser destruida mediante una adecuada actividad probatoria del demandado.

4. Sobre este último extremo, contamos con el dictamen pericial COMPASS LEXECON y lo declarado en el juicio por el Sr. Juan Francisco . Se comparte la descripción que hace el dictamen sobre la complejidad del mercado con una combinación ingente de prestaciones en los vehículos ofrecidos. Así concurren diferentes plataformas (Eurocarga, Stralis, Trakker) con diversas categorías cada una de ellas, además de diversas prestaciones que oscilan entre la potencia, configuración, suspensión, aire acondicionado, condiciones del habitáculo...



Lo que no compartimos es la conclusión alcanzada en cuanto a que la "información sobre precios brutos no habría permitido la coordinación en precios netos (que son los únicos que tienen importancia económica) ni tampoco habría permitido a las empresas monitorizarse entre sí. Parece muy poco probable que tal intercambio de información haya facilitado la colusión en el mercado de camiones medianos y pesados en España y, por tanto, que haya producido efectos anticompetitivos."

Tal conclusión, sin perjuicio de la valoración que se hará del dictamen en el fundamento siguiente, choca frontalmente con la propia esencia del cártel y haría vano el riesgo asumido de sus integrantes a someterse a sanciones graves, si no fuera porque esperaban obtener algún rédito común de tal información.

Precisamente, ahonda en esta impresión, la prolongación en el tiempo de la práctica (entre 1997 y 2011), catorce años consecutivos, que no se comprende sin obtener éxito pues, de lo contrario, se habría abandonado.

El tratamiento por cada compañía de la información obtenida sobre los precios brutos de los vehículos es complejo habida cuenta de complejidad del producto final, pero sin duda es una variable cuyo conocimiento permite adecuar la estrategia comercial y el precio final del producto. Así, sin un respaldo probatorio adecuado, la presunción no queda desvirtuada...>>

De este modo, estando acreditado el vehículo fue adquirido en España (mercado geográfico relevante conforme a la Decisión), de una de las empresas integrantes del acuerdo y durante el periodo de cartelización, cabe presumir con certeza (en los términos del art. 386 LEC) la existencia de un daño (consistente en sobre precio de adquisición) causado por la conducta anticompetitiva integrada por las demandadas, por lo que la conclusión de la sentencia ha de ser mantenida.

SEXTO.- Sobre la existencia del daño y la valoración de la prueba pericial aportada al proceso.

La sentencia de instancia rechaza la utilidad del informe emitido por el Sr. Adriano para formar convicción del alcance de los daños (cuantía del sobre coste) por cuanto se limita a extrapolar magnitudes medias extraídas de estudios sobre el impacto económico de otros cárteles. Tales estudios sirven para realizar una estimación de los daños, pero no para recrear un escenario hipotético en el que no operara el cártel. No considera así que el método empleado para la cuantificación del daño sea el óptimo.

En relación con el informe aportado por la demandada (Compass Lexecon) reprocha que se limite a realizar crítica del informe aportado de contrario sin desarrollar alguno de los modelos previstos, idóneos, para justificar la inexistencia del daño.

Pues bien, la valoración que hace el magistrado es plenamente respetuosa con las pautas que el Tribunal Supremo marcó en la sentencia de 9 de noviembre de 2013 (cártel del Azúcar), con las recomendaciones que hace la Guía práctica de la Comisión y con la consecuencia procesal que se deriva de diversa disponibilidad de información por las partes ("asimetría informativa") que, en última instancia, se funda en la regla prevista en el art. 217.7 LEC. Todo ello, conforme a las reglas de la sana crítica que exige el art. 348 LEC.

Partimos aquí de los mismos razonamientos dados en nuestras sentencias de 16 de diciembre de 2016, tal y como recoge la última de las sentencias dictadas, ya citada, de 18 de febrero de 2020, de las que concluimos la correcta valoración hecha por el magistrado, al decir:

"No ponemos en cuestión la profesionalidad de ninguno de los peritos informantes porque somos conscientes de las dificultades que entraña la cuantificación del daño derivada de los ilícitos concurrenciales (lo indica la Guía de la Comisión, elaborada y publicada como instrumento de apoyo). No desconocemos la dificultad y riesgo que supone abordar la práctica de la pericia en los primeros procedimientos planteados, en un escenario de asimetría informativa y de desequilibrio en la posición de las partes, en una materia nueva y compleja como la que nos ocupa, a lo que se añade la singularidad de las conductas sancionadas en el cártel de los camiones frente a las propias de otros cárteles "de núcleo duro".

Las dificultades inherentes a la materia, no determinan, sin más, que los informes aportados sean capaces de provocar la convicción judicial si no reúnen los requisitos necesarios para ello. El juez no está vinculado por la opinión del perito (348 de la LEC), de manera que no siempre que se aporte un informe éste servirá para acreditar la cuantía del daño, pues puede tener un punto de partida no compartido por el receptor de la prueba, bien por razón del método empleado, bien por resultar contradicho por otros medios probatorios, o en particular, por un dictamen contradictorio."

Indicábamos, para sostener la inidoneidad del informe del sr. Adriano, lo siguiente, plenamente trasladable:

"Se apoya en estudios de investigación cuya finalidad es ajena a la cuantificación del daño. La Guía afirma que los estudios estadísticos utilizados para fundar la presunción de daño en un porcentaje altísimo de casos, no es extrapolable sin más a la cuantificación por remisión a una media ponderada. Y eso es lo que se ha hecho es



este caso, en el que se ha equiparado la media con el porcentaje en que se estima el sobre coste derivado del intercambio de información en la lista de precios brutos, amén de diferenciar conductas para solicitar diversas indemnizaciones (sobre coste por una parte, y repercusión de la implementación de las nuevas tecnologías).

Que otro método es posible y que además puede estar dentro de los recomendados por la Guía de la Comisión se desprende no sólo del contrainforme aportado, sino de la simple descripción de datos que extraemos de la documental aportada al proceso, de la que se desprende que en alguno de los procedimientos seguidos en Alemania se han utilizado métodos comparativos, con resultado de porcentajes, para el mismo cártel que nos ocupa, sensiblemente inferiores (horquilla entre el 4, 76% y el 9%, remitiendo a los perjudicados a la obtención de informe pericial en los casos en que pidieron a tanto alzado o porcentajes del 15%, por remisión a estudios estadísticos, que no convencieron a los jueces alemanes).

El informe aportado por las demandadas, cuyo objeto era cuestionar la aptitud del dictamen adverso - se dijo, sin ambages, tanto en el informe escrito como en el acto de la vista por el Sr. Juan Francisco -, ha conseguido la finalidad perseguida: destacar la inhabilidad del método utilizado por el Sr. Adriano para cuantificar el daño derivado de la infracción (en línea con la conclusión mayoritaria de los juzgados mercantiles que lo han valorado en la instancia)."

En orden a la procedencia de la estimación judicial del daño. Concreción del daño.

Decíamos en las sentencias reiteradamente citadas, que al estar impedidos de encontrar soporte en los dictámenes periciales para concretar el alcance del daño y, con ello, concretar el importe de la indemnización reclamada, debemos proceder, como se hizo oportunamente en la instancia, a llevar a cabo la estimación del mismo. En concreto, en la sentencia de 18 de febrero de 2020 se indicaba que:

<<Y ello es así por cuanto, pese a frustrarse el efecto pretendido por el demandante con su pericial, es muy relevante tomar en consideración cuál de las partes dispone de los elementos probatorios que, sometidos al proceso, hubieran sido necesarios para realizar la cuantificación de manera más o menos precisa.

Es la parte demandada la que, sin lugar a dudas, dispone de tales elementos.

Es lo que la Directiva (que, reiteramos, no es de aplicación de ningún modo en nuestro asunto) denomina asimetría informativa, como constatación de una realidad, y en nuestra norma procesal se ubica en el art. 217.7 LEC.

En este sentido, la valoración hecha por el magistrado sobre la distancia de una parte y la proximidad de la otra a los elementos base de una cuantificación; sobre el comportamiento procesal de cada una de las partes en atención a su posición en el proceso y en la concreción del precio de venta del vehículo; debe ser respaldada por esta sala sin invocación alguna de la Directiva tal y como resolvimos en el fundamento jurídico quinto de esta resolución.

La respuesta del tribunal ante esta situación, guiada por los principios equivalencia y de efectividad (contemplados ya en sentencia Manfredi), no puede ser otra que, con los materiales obrantes en autos, tratar de dar una respuesta equilibrada a la pretensión de la perjudicada de manera que alcance reparación sin que ello suponga enriquecimiento indebido por exceso que no ha de soportar el infractor.

La estimación así del alcance del daño se presenta como una cuestión compleja pero de ineludible respuesta en nuestro asunto.

Pues bien, siendo el escenario configurado por las partes en el proceso idéntico al conformado en las tantas veces referidas sentencias de 16 de diciembre de 2019, procede que reiteremos los argumentos dados allí para confirmar la conclusión económica alcanzada por el magistrado, aunque con diverso fundamento.

"La cuestión relativa a la cuantificación del daño en las resoluciones dictadas en la instancia (publicadas en la base de datos del CENDOJ) ofrece un abanico de posibilidades entre el 5% y el 20,70% postulado por el actor. Así, los Juzgados de lo Mercantil 1 a 3 de Valencia y Mercantil (PI 4) de Jaén (Sentencia, entre otras, de 20 de septiembre de 2019) se han situado en el punto más bajo de la horquilla (5 %, con sustento en los argumentos que, de forma resumida, se contienen en la sentencia apelada que asume el criterio del Juzgado de lo Mercantil 3), y en el más alto del 15% se coloca el Juzgado de lo Mercantil 1 de Bilbao (Sentencia de 3 de abril de 2019). En la franja intermedia: el Juzgado de lo Mercantil 7 de Barcelona (10%, en Sentencia de 12 de septiembre de 2019) y los de León y de Mercantil 1 de Pontevedra (9%, en Sentencias de 2 de septiembre y 16 de octubre de 2019 .)

Esta Sala, atendida la prueba practicada y la información resultante del expediente considera que la cantidad fijada en la sentencia apelada en concepto de daño por sobre coste (5% del precio del camión litigioso) es proporcionada y debe confirmarse en su cuantía. Sin embargo, no compartimos los argumentos utilizados para fijar el porcentaje indicado. La solución se apoya, como la pericial rechazada, en los estudios estadísticos, pero en



lugar de aplicar la media (20%), modera el porcentaje en función de su propio análisis de las tablas e información resultante de ellas.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2006 (ROJ: STS 5866/2006 - ECLI:ES:TS:2006:5866) declara que la cuantificación de las indemnizaciones es competencia exclusiva de los órganos judiciales, valorando caso por caso las pruebas practicadas en autos, sin perjuicio de una eventual revisión en los supuestos que establece el propio tribunal para la casación de la sentencia.

Siendo así, y aunque coincidimos en la cuantía concedida, como no aceptamos la base sobre la que se fija (ni, en consecuencia, la de las resoluciones citadas ut supra, en cuanto sigan el mismo patrón), exponemos seguidamente los argumentos alternativos que nos conducen a considerar adecuado el importe fijado en la sentencia apelada:

7) La cautela que impone la aplicación de la doctrina *ex re ipsa* (como, cuando proceda, la apreciación judicial del daño a que se refiere la Directiva y la norma transpuesta) no permite equiparar los supuestos en que se ha cumplido con la efectiva carga de la prueba, con aquellos otros en que la parte, pese al intento realizado (que puede abrir la puerta a la ponderación judicial) no lo ha conseguido, por errar en el método, en el objeto, o en la identificación de los elementos (datos y bases) que le hubieran permitido expresar unas conclusiones válidas, aún en términos de probabilidad.

No se trata de sustituir la pericia por la discrecionalidad, con el riesgo que ello entraña de banalización del proceso y de supresión del principio de carga de la prueba del daño que incumbe al perjudicado.

En supuestos en los que, por la naturaleza del daño, es compleja su cuantificación (por ejemplo, la pérdida de oportunidad en la responsabilidad de determinados profesionales, por ser el daño hipotético e incierto), el Tribunal Supremo ha declarado desde antiguo que, si bien las dificultades que presenta la cuantificación no impide que el juzgador haya de buscar los medios adecuados para alcanzar una correcta compensación por los perjuicios sufridos (Sentencia de 16 de diciembre de 1996), esa indemnización no puede consistir en lo que se hubiera podido percibir efectivamente en el proceso del que deriva el daño. De la Sentencia de 20 de mayo de 1996 resulta que la aproximación al alcance de los posibles daños no debe pretender "sustituir lo que pudiera haber sido el resultado definitivo, por ser ello, tarea imposible". Y la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2006 (ya citada) declara que no es de aplicación "el criterio de la libre discrecionalidad del juzgador, propia de los daños morales, a un daño que, ..., no tiene naturaleza moral, sino patrimonial, por más que lo incierto de su cálculo obligue a un juicio de valoración consistente en una previsión probabilística, formulada con la debida prudencia, ..."

Extrapolando tales criterios a la situación que enjuiciamos, no es posible equipar la cuantificación judicial con la equivalente que resultaría de una prueba pericial correctamente planteada.

8) En los procedimientos seguidos ante los tribunales alemanes los perjudicados que han sustentado su reclamación en métodos comparativos, han reclamado cantidades comprendidas entre el 4.76 % y el 9% del precio de adquisición del camión, y con arreglo a lo obrante en dichos procesos, se ha concedido entre el 7% y el 9%. En tales procesos, la parte se apoyó en un método de cuantificación (comparativo) aceptado por los tribunales. No es el caso que nos ocupa, en el que el procedimiento estadístico se ha considerado inadecuado a la finalidad perseguida. Como no procede la equiparación, la consecuencia es la fijación de una cantidad inferior a las máximas identificadas en esos procesos, que utilizamos como mero criterio orientativo, dado que el cártel ha desplegado sus efectos en todo el espacio económico europeo. Ello nos sitúa en el rango del 5%, fijado en la instancia apelada.

9) La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013 rechazó, como criterio de cuantificación, las decisiones "salomónicas", exigiendo al órgano de instancia justificar su decisión. Pues bien, para fijar la conclusión expresada hemos tomado en consideración los elementos resultantes de la Decisión de la Comisión, los criterios jurisprudenciales que establecen elementos de ponderación, y la prueba practicada en el proceso. En particular, hemos valorado: a) La naturaleza del cártel, en el que la conducta sancionada no es la fijación de precios netos, sino el intercambio de información en relación con las listas de precios brutos, b) las características del mercado de camiones (altamente cíclica) c) la heterogeneidad del producto final (descrito en el parágrafo 26 de la Decisión) con la enorme posibilidad de variantes que inciden en el precio de venta de cada camión, tal y como manifestaron los peritos en el acto de la vista, incluso con diferencias de 50.000 euros, según expresó el Sr. Adriano, d) la propia política de enormes descuentos aplicados a los compradores de camiones en los precios de venta sobre el precio de lista bruto inicial (descrita en el apartado 27 de la Decisión). Pero también, la dificultad probatoria y el desequilibrio en la posición de las partes para rechazar el argumento de daño cero a que se refiere la parte demandada, que no ha ofrecido cuantificación alguna, limitándose a negar cualquier sobreprecio, daño o incidencia de la conducta infractora en el comportamiento del mercado. O la



eventual incidencia de crisis económica y la ausencia de datos para valorar sus efectos en el amplio periodo de cartelización.

Estos, entre otros elementos, son los que nos han llevado a la conclusión de mantener la indemnización fijada en la sentencia apelada que corresponda al 5% de la adquisición (excluidos impuestos). Confirmamos así la valoración efectuada por el magistrado de instancia, tal y como en la última de las resoluciones citadas, dictada en fechas recientes por esta Sala, que nos han llevado a la conclusión de que resulta procedente mantener la indemnización fijada en la sentencia apelada por importe de 1.835 euros, que confirmamos.

SÉPTIMO .- La defensa del "passig on" y repercusión fiscal.

1. Sobre la repercusión de costes a terceros.

Hemos resuelto en sentencia de 18 de febrero de 2020, que remite a su vez a sentencia de 20 de diciembre de 2019 (R. 1032/19) que hemos de acudir, para descartar la alegación, a los criterios sentados por la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013 (ROJ: STS 5819/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5819) que señalaba: *"Si los perjudicados por una conducta contraria al Derecho de la competencia ejercitan las acciones pertinentes para hacer efectivo su derecho a ser indemnizados por los daños sufridos como consecuencia de esa conducta ilícita, la carga de la prueba de los hechos que obsten el éxito de la acción corresponde al demandado que los alega."* Y añade más adelante: *"en el caso de reclamación indemnización por los daños causados por la actuación del cartel consistente en la concertación del incremento de precios, no es suficiente probar que el comprador directo ha aumentado también el precio de sus productos. Es necesario probar que con ese aumento del precio cobrado a sus clientes ha logrado repercutir el daño sufrido por el aumento del precio consecuencia de la actuación del cártel. (...) No se ha practicado prueba adecuada para acreditar tal extremo, pues la prueba propuesta y practicada solo acredita extremos relativos a la repercusión del aumento del precio. La inactividad probatoria de la parte demandada sobre este particular ha sido casi absoluta por cuanto que partía de la base de que no había existido cártel y los precios habían sido negociados."*

Se sienta la defensa en la repercusión de sobrecostes por el demandante mediante el incremento de precio de sus servicios profesionales prestados con los camiones en cuestión.

En este caso, no son trasladables los argumentos dados anteriormente para estimar el alcance de la repercusión pues no se parte de unos efectos (acreditados directamente o mediante la regla de *ex re ipsa*) ya que no hay indicio que haga presumir que, por el hecho de adquirir un producto con un sobrecoste, se haya transmitido este a terceros. Y ya hemos indicado las manifestaciones que, al efecto, desplegó el demandante, que no han sido contradichas por otros elementos, por lo que tal conclusión debe mantenerse.

2. Incidencia que supone en la eventual reparación, la amortización fiscal de los vehículos (5 a 10 años) con las deducciones íntegras por el coste total de los vehículos adquiridos.

Nos referíamos a tal cuestión en la tantas veces citada sentencia de 18 de febrero de 2020 (rollo 1611/19) en los siguientes términos:

<<Adicionalmente, el apelante refiere la errónea valoración de la incidencia que sobre la reparación pretendida, supone la amortización fiscal, deducciones íntegras hechas por el coste total de los vehículos.

Dedica apartados 2.26 y siguientes (con cuadro comparativo en anexo B) de su pericial a dar explicación sobre la diferencia fiscal que supone si se considera o no el sobreprecio pretendido por la demandante.

Reconociendo que no se trata de un escenario de transmisión de sobrecoste a tercero, debemos rechazar igualmente la alegación.

En primer lugar, como bien señala la sentencia de instancia, la deducción fiscal en el impuesto de sociedades que pudiera darse siempre es sobre un coste previo que soporta el demandante adquirente que, efectivamente, se ha asumido por él.

El mayor o menor coste fiscal para la adquirente derivado de un mayor o menor precio satisfecho, no es relevante para la reparación que ahora fijamos y que viene constituida por un sobrecoste, precio efectivamente satisfecho, como deuda de valor.

La elección del método de amortización por el que se reparte en el tiempo el coste de adquisición del inmovilizado destinado a la actividad, por sí mismo, no supone más que el aplazamiento de tal coste en sucesivos ejercicios tributarios para su oportuna deducción de acuerdo con la norma que regula el impuesto de sociedades.

Las repercusiones fiscales que derivan de la tributación de la mercantil conforme al impuesto de sociedades, suponen circunstancias ajenas a la cuantificación que aquí de hacemos del perjuicio. Entenderlo de otro modo supondría tener en cuenta también: i) el exceso de IVA que se satisfizo en su momento por el demandante; ii)



o la tributación que corresponderá por la reparación aquí fijada como ingreso extraordinario, que supondrá un importe equiparable al que fue objeto de deducción durante la amortización>>.

El motivo de recurso debe decaer.

OCTAVO.- Intereses.

La sentencia recurrida concede los intereses desde la demanda y el actor recurre tal pronunciamiento al considerar que lo pertinente sería concederlos desde la compra del vehículo por las razones que esgrime.

Al respecto de los intereses como elemento integrante de la reparación, el apartado 20 de la Guía Práctica establece lo siguiente:

"La concesión de intereses constituye un elemento indispensable de la reparación. Como ha destacado el Tribunal de Justicia, la reparación íntegra del perjuicio sufrido debe incluir la reparación de los efectos adversos ocasionados por el lapso de tiempo transcurrido desde que se produjo el perjuicio causado por la infracción. Estos efectos son la depreciación monetaria y la oportunidad perdida para la parte perjudicada de tener el capital a su disposición. La legislación nacional debe tener en cuenta estos efectos como interés legal u otras formas de interés, siempre que se ajusten a los principios de efectividad y de equivalencia antes citados."

De acuerdo con tal recomendación, en nuestras sentencias arriba citadas señalábamos:

"La Sentencia del TJUE de 13 de julio de 2006, afirma que los perjudicados no sólo deben poder solicitar la reparación del daño emergente, sino también del lucro cesante, así como el pago de intereses, y estos han sido solicitados en el escrito de demanda, en los términos que explicaremos más adelante.

Respecto al devengo de intereses y el momento a partir del cual se generan, se hace cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2012 (ROJ: STS 5462/2012 - ECLI:ES:TS:2012:5462) cuando afirma "el pago de los intereses legales no ha sido impuesto a la recurrente por el Tribunal de apelación por el hecho de haber incurrido en mora, sino por haber sido calificada su deuda indemnizatoria como de valor, en el sentido de directamente relacionada con el poder adquisitivo de la moneda. / Los intereses constituyen uno de los medios de corregir los rigores nominalistas y de acercarse a la íntegra reparación del daño con la satisfacción determinada por la idea de una real equivalencia. Dicho criterio no es ajeno a la jurisprudencia - sentencias 601/1992, de 15 de junio , 1068/1998, de 21 de noviembre , 655/2007, de 14 de junio , entre otras-, que se ha servido de él para atender a las fluctuaciones del valor adquisitivo del dinero, incluso las producidas durante la tramitación del proceso. / Ello sentado, es regla que la cuantía de la indemnización no puede revisarse en casación y, aunque quepa hacerlo respecto a las bases en que se asiente su determinación - sentencia 1104/2006, de 20 de diciembre y las que en ella se citan -, éstas, en el caso, no pueden considerarse incorrectas."

El suplico no es claro, porque los intereses procesales no se devengan desde la interposición de la demanda, sino, en su caso, desde la sentencia (conforme al artículo 576 de la LEC). Y del apartado c) del Fundamento Décimo de la demanda no resulta el momento a partir del cual se postulan los intereses por cuanto que se trata de un fundamento genérico sobre "Daño emergente, lucro cesante e intereses". Esto ha motivado alguna interpretación divergente, de esta Sala, sobre la cuestión, directamente vinculada a la inaceptable imprecisión del suplico y la confusión entre intereses por mora e intereses procesales.

Ello no obstante, hemos de concluir, con la sentencia de 16 de diciembre de 2019, tantas veces indicada, que si bien la petición es confusa y deliberadamente ambigua, teniendo en cuenta que en el apartado c) del fundamento jurídico Décimo de la demanda -"Daño emergente, lucro cesante e intereses"- la actora se refiere a los intereses desde la fecha de la compra de los camiones con invocación de la Guía Práctica de la comisión y cita de pronunciamientos judiciales en que apoya lo que pide, integrando con ello el suplico de la demanda, no citando los artículos 1101 y 1108 del Código Civil que señala la sentencia recurrida, y que, nuevamente, en su recurso la actora solicita los intereses desde la compra del vehículo procede acoger tal motivo de recurso, con arreglo a la doctrina del TJUE y criterios del Tribunal Supremo que resultan de las resoluciones citadas.

Estimamos, en consecuencia, el motivo de apelación y revocamos la resolución de instancia en este pronunciamiento.

NOVENO.- Costas de la primera instancia y de la apelación.

9.1. Pronunciamiento sobre costas de la primera instancia.

La estimación de la demanda es parcial y, en consecuencia, el pronunciamiento dictado en la instancia en materia de costas es correcto y ajustado al tenor del artículo 394 de la LEC, máxime cuando nos encontramos ante una materia compleja y novedosa.

9.2. Costas de la apelación.



Recurso de la demandante.

La parcial estimación del recurso de apelación implica - con arreglo al artículo 398 de la LEC - que cada una de las partes soporte las costas causadas por su intervención en la alzada y las comunes por mitad, con restitución a la entidad demandante del importe del depósito constituido para apelar, reglado en la Disposición Adicional 15 de la LOPJ.

9.3 Recurso de la demandada.

La desestimación del recurso de apelación de la demandada determinaría, a priori, la imposición de las costas procesales con arreglo al artículo 398 de la LEC. Sin embargo, concurren razones para no hacer tal imposición de costas, tanto por razón de la complejidad de las cuestiones sometidas a nuestra decisión, como por la existencia de pronunciamientos judiciales en la instancia de diverso signo (tanto en materia de prescripción, como de valoración de la concurrencia de los presupuestos de la acción ejercitada, o finalmente, de la cuantificación del daño), lo que nos conduce a no imponer costas a ninguna de las partes litigantes.

No obstante, declaramos la pérdida del importe del depósito constituido para apelar a que se refiere al Disposición Adicional 15 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Vistos los preceptos legales, concordantes y demás de general y pertinente aplicación, así como, entre otras, la Sentencia de la Sala Segunda del TJUE de 28 de marzo de 2019 (C-637/17)

FALLO

ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso interpuesto por la representación procesal de D. Antonio contra la sentencia del Juzgado Mercantil nº 2 de los de Valencia de 15 de abril de 2019, en el particular relativo **al pronunciamiento sobre intereses, condenando a las demandadas al abono de los intereses legales del importe de la condena desde la fecha de adquisición del camión, y extendiendo la condena a ambas demandadas, incluyendo a CNH INDUSTRIAL NV** a la que reconocemos legitimación pasiva condenando a ambas demandadas en forma solidaria, sin hacer pronunciamiento impositivo respecto de las costas de la apelación.

DESESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por la representación de CNH INDUSTRIAL NV y FIAT CHRYSLER AUTOMOBILES NV contra la mencionada Sentencia, sin hacer pronunciamiento impositivo respecto de las costas de su recurso de apelación.

Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida, no afectados por la presente, en particular respecto de la no expresa imposición de costas de primera instancia.

Se acuerda reintegrar al demandante apelante el depósito constituido para recurrir.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido por la parte demandada para apelar.

Notifíquese esta resolución a las partes y, de conformidad con lo establecido en el artículo 207.4 Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, una vez transcurridos los plazos previstos, en su caso, para recurrir sin haberse impugnado, quedará firme, sin necesidad de ulterior declaración; procediéndose a devolver los autos originales, junto con certificación literal de la presente resolución y el oportuno oficio, al Juzgado de su procedencia.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dicto, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Novena de la Audiencia Provincial en el día de la fecha. Doy fe.