



Roj: **SAP V 5941/2019 - ECLI:ES:APV:2019:5941**

Id Cendoj: **46250370092019101710**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **9**

Fecha: **20/12/2019**

Nº de Recurso: **1032/2019**

Nº de Resolución: **1723/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **PURIFICACION MARTORELL ZULUETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

ROLLO NÚM. 001032/2019

M

SENTENCIA NÚM.: 1723/19

Ilustrísimos Sres.:

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

En Valencia a veinte de diciembre de dos mil diecinueve.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DOÑA PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA**, el presente rollo de apelación número 001032/2019, dimanante de los autos de Juicio Ordinario [ORD] - 000282/2018, promovidos ante el JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE VALENCIA, entre partes, de una, como apelante a GRUAS JORDAN SL y AB VOLVO, representado por el Procurador de los Tribunales don/ña FRANCISCO JOSE GARCIA ALBERT y CARMEN INIESTA SABATER, y de otra, como apelados a representado por el Procurador de los Tribunales don/ña , en virtud del recurso de apelación interpuesto por GRUAS JORDAN SL y AB VOLVO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado del JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE VALENCIA en fecha 2 de abril de 2019, contiene el siguiente FALLO: "QUE DEBO ACORDAR y ACUERDO ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda interpuesta por GRUAS JORDAN SL contra AB VOLVO, y en consecuencia, se condena a AB VOLVO a que, firme que sea la presente, pague a GRUAS JORDAN SL la cantidad de 13.880,97€, con los intereses legales desde la fecha de demanda, y todo ello sin que proceda imposición de costas.

Llévese el original de esta resolución al Libro de Sentencias Definitivas dejando testimonio de la misma en las actuaciones ."

SEGUNDO.- Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por AB VOLVO y GRUAS JORDAN SL, 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. - Resumen de la sentencia apelada.

La Sentencia del Juzgado Mercantil 2 de Valencia de 2 de abril de 2019 estima parcialmente la demanda interpuesta por la entidad GRUAS JORDAN SL contra la entidad AB VOLVO, en ejercicio de la acción de



reclamación por daños derivados de la infracción de las normas de la competencia en el marco del denominado cártel de los fabricantes de camiones, y condena a la entidad demandada al abono de la cantidad de 13.880,97 euros, más intereses desde la interposición de la demanda, sin hacer pronunciamiento impositivo en materia de costas procesales.

El magistrado "a quo" - tras describir en los fundamentos primero y segundo las respectivas posiciones de las partes, y fijar los hechos controvertidos en el tercero - sustenta su decisión en los argumentos que relacionamos, seguidamente, a modo de mera síntesis:

- 1) La Directiva 2014/104 UE sólo es de aplicación al caso en cuanto a los principios y finalidad que la inspiran.
- 2) Considera que la demandante GRUAS JORDAN SL está legitimada activamente para deducir la reclamación en su calidad de adquirente de los camiones relacionados a la demanda, aun cuando se hubieran financiado a través de arrendamiento financiero con diversas entidades bancarias.
- 3) Analiza, seguidamente, el alcance de la decisión de la Comisión de 19 de junio de 2016 - cuyo contenido transcribe - de la que deduce la existencia de intercambio de información con la finalidad de fijar precios, lo que constituye herramienta idónea para la fijación de los mismos y subvertir el libre mercado.
- 4) 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 acreditada la acción ilícita (fijación de precios brutos a través de los intercambios de información), la presunción de la existencia de daños en abstracto, y la relación de causalidad. Y en lo que concierne a la prueba de la cuantía del daño, no estima suficiente el informe del perito de la parte actora basado en el informe Smuda por análisis de 191 cárteles y la determinación de un porcentaje del 20,7%, que considera arbitrario.
- 5) Con cita 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 de los camiones, sin cómputo de los accesorios incorporados por la actora a los mismos para el desarrollo de la actividad, ni IVA. Efectuados los cálculos relativos a cada uno de los seis camiones identificados en la demanda, resulta una cantidad a favor de la demandante de 13.880,97 euros.

SEGUNDO. - Recurso de apelación promovido por la representación de AB VOLVO.

La entidad AB VOLVO desarrolla - a lo largo de las 87 páginas que integran su recurso -, los siguientes motivos de apelación:

2.1 Motivos de apelación de orden procesal:

1. Infracción del principio dispositivo y de rogación: incongruencia extra petita. Infracción de los artículos 216 y 218 de la LEC y 24 de la CE.
2. Infracción de las normas que regulan la motivación de la sentencia (24 CE) por flagrante contradicción y no valoración de la prueba pericial.
3. Infracción de las normas de valoración de la prueba pericial en el caso de la pericial aportada por la parte demandada.

2.2. Motivos de apelación de orden material relacionados con las presunciones y normas legales sobre la carga de la prueba aplicadas en la sentencia y sobre el régimen legal aplicable a las reclamaciones de daños consecutivas a una decisión de la Autoridad de la Competencia:

1. Infracción legal por aplicación indebida al caso de la Directiva 2014/104/UE (Directiva de daños), por referencia: i) al Régimen transitorio establecido en la propia Directiva de Daños, ii) Infracción del artículo 2.1 del C. Civil por aplicación indebida de la indicada Directiva.
2. Infracción legal por aplicación incorrecta del artículo 1902 del C. Civil. Inexistencia de una presunción de relación de causalidad determinante de la obligación del demandante de establecer el nexo entre el hecho y el daño. Inexistencia de relación de causalidad.
3. Infracción legal por la aplicación indebida de la denominada regla ex re ipsa.

2.3. Motivos de apelación de orden material.

1. Infracciones cometidas en la Sentencia en relación con el contenido de la Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016 dictada en el Expediente AT 39824 Trucks, en referencia: i) a los intercambios de información como conducta prohibida por el objeto, bajo el artículo 101 TFUE (ilícitos de peligro), ii) al



contenido de la Decisión en cuanto a la descripción de la infracción y la conducta, iii) y la inexistencia de análisis de los efectos de la conducta en el mercado.

2. Inexistencia de relación de causalidad entre la conducta sancionada y un supuesto sobreprecio. Argumenta sobre la inexistencia de relación de causalidad entre un sobreprecio y los intercambios de información descritos en la Decisión, tomando en consideración las características del mercado de camiones y la importancia del mercado geográfico, para concluir en que los hechos acreditados en el procedimiento permiten establecer una evidencia de falta de relación de causalidad genérica entre la conducta sancionada y el presunto daño.

3. Inexistencia de daño y cuantía, a tenor del contenido del informe emitido por KPMG (análisis econométrico). La sentencia apelada no se pronuncia sobre la pericia practicada a instancias de la parte demandada, con la consecuente infracción del artículo 348 de la LEC, y se refiere a la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2013 (rectius noviembre) - cártel del azúcar - y a la coherencia del modelo del informe emitido a instancia de su representada.

4. Inexistencia de dificultad probatoria.

5. A la imposibilidad de estimación judicial del daño se une el que los daños fijados en la sentencia (5%) carecen de fundamento alguno e incurrir en el mismo reproche que la sentencia hace al informe pericial de la demandante. Informe Oxera. La recurrente argumenta, en cuanto a las fuentes de la sentencia para el cálculo, que se funda en documentos que no analizan el caso concreto, por basarse en supuestos distintos, que ni siquiera constan en autos o han sido objeto de debate.

6. En lo que concierne al criterio del daño del 5% sobre el precio de compra, afirma que la sentencia ignora hechos acreditados en el procedimiento que demuestran que es incorrecto emplear aisladamente el precio de compra para el cálculo del daño. También apunta a las ventas de los camiones objeto del procedimiento y señala: i) incongruencia matemática en el fallo de la sentencia, y ii) al ignorar el precio obtenido por la demandante por la venta de uno de los seis camiones la Sentencia asume que el demandante no ha sido capaz de recuperar/reflejar todo o parte del sobreprecio en la venta, confundiendo así sobreprecio con daño.

7. Passing on.

2.4. Motivos de apelación de orden procesal y material en relación con la condena al pago de los intereses. Y se refiere, en particular, a la infracción de los artículos 576 de la LEC y 1108 del C. Civil en la condena al pago de los intereses desde la fecha de la interposición de la demanda.

A dicho recurso se opone la demandante, argumentando, en síntesis; 1) La correcta aplicación e interpretación de la normativa en la que se sustenta la resolución apelada, por referencia a los principios de congruencia y de justicia rogada, al estimarse parcialmente la demanda de GRUAS JORDAN SL, con cita del artículo 218 de la LEC y las resoluciones de los Tribunales que considera de aplicación al caso. Se refiere, expresamente, a los principios que resultan de la Directiva 2014/104 y a su aplicación conforme a las resoluciones del TJUE que igualmente cita a lo largo del ordinal segundo de su escrito (8/10/1987 - caso Kolpinguis -, 20/9/2001 - caso Courage-, 5/7/2006 - Caso Konstantinos Adeneler -,13/7/2016 - caso Manfredi -, y 14/3/2019 - caso Skansa-, entre otras), en conexión con el propio contenido de la Directiva cuyo punto de partida (considerandos 11 a 13) es el propio acervo jurisprudencial del TJUE sobre el resarcimiento de daños por infracción de las normas de la competencia. E igualmente invoca la doctrina del Tribunal Supremo - cártel del azúcar - y el artículo 386 de la LEC sobre presunciones judiciales para concluir en la aplicación al caso de los principios de efectividad y equivalencia para asegurar el resarcimiento de los perjudicados por los daños derivados de la infracción sancionada por la Comisión. 2) Señala la falta de colaboración de la demandada - sancionada por la Comisión - en facilitar la labor probatoria, ocultando la documentación que permite la prueba de la existencia y cuantificación del daño, y transcribe al efecto el considerando 3.2 de la Decisión Europea. De ello concluye en la existencia de los acuerdos sobre la elevación de precios y recargos de los costes de implementación de la normativa de emisiones, para analizar seguidamente la relación de causalidad del ilícito con el perjuicio sufrido por su representada, la dificultad probatoria que se desprende de la naturaleza del producto, duración del cártel, espacio geográfico abarcado y cuota de mercado repartido entre VOLVO, DAF, IVECO, DAIMLER y MAN (con SCANIA) cercano al 100%, lo que dificulta el método comparativo para el cálculo del daño. Y destaca que, considerado insuficiente el dictamen pericial de la parte actora, la parte demandada no ha ofrecido una alternativa de cuantificación del daño como le corresponde, por lo que no se puede achacar a su representada un deficiente esfuerzo probatorio. También afirma en el ordinal tercero, que no hay repercusión del daño aguas abajo (defensa del passing on). 3) Se muestra en desacuerdo con el cómputo de intereses efectuado por la adversa, con invocación, nuevamente, del contenido de la Directiva, y destaca que deben computarse desde el momento en que se adquirieron los vehículos.



TERCERO. - Recurso de apelación formulado por GRUAS JORDAN SL.

La demandante también discrepa de la resolución apelada y desarrolla en su escrito de apelación los siguientes motivos:

1.- En relación con el Fundamento Jurídico Séptimo argumenta 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.

2.- Respecto del Fundamento Jurídico Octavo, alega la errónea valoración en cuanto a la interpretación de petición a la condena de los intereses. Debiendo concederse los mismos 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.

3.- Impugnación del Fundamento Jurídico Noveno, 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 AB VOLVO se opone al recurso de apelación por las razones que constan en el escrito unido al folio 611, argumentando, en síntesis, 1) la existencia de imprecisiones, contradicciones y errores en la tesis defendida por la parte actora, 2) la deficiente técnica empleada en el recurso de apelación contrario, al no combatir eficazmente los pronunciamientos de la sentencia, 3) El epígrafe tercero tiene por objeto el análisis econométrico realizado a su instancia, del que se desprende la inexistencia de sobrecoste, 4) combate la pretensión de la actora relativa a los supuestos daños que reclama y también la pretensión subsidiaria relativa a la "ponderación judicial del daño", 5) impugna los argumentos adversos en relación con los intereses y las costas, pues la acción ejercitada es una acción de daños que determina el nacimiento del derecho en el momento de dictar sentencia, con una desestimación del 75% de lo pedido, que impide que pueda condenarse al abono de intereses desde la demanda. Y desarrolla cada uno de los expresados motivos con análisis de la prueba practicada en el proceso, el marco jurisprudencial y legal aplicable - frente al citado, dice, erróneamente, por la parte actora - , lo que denomina " *falacia de la supuesta dificultad probatoria alegada por la actora*", la improcedencia de cuantificar el daño relativo al sobrecoste en un 20,70% - con crítica de la metodología utilizada - , y de la errónea ponderación judicial del daño porque - afirma - " *la normativa europea no concede a los jueces civiles capacidad para una estimación judicial del daño o ponderación del daño, ni a apartarse del principio dispositivo o de rogación*", y crítica la construcción del argumento por aplicación del informe Oxera 2009 que no forma parte de las actuaciones, de manera que " *los Juzgados y Tribunales españoles no pueden fundar una condena en un documento que no obra en autos y no ha estado sujeto a la debida contradicción en el marco del procedimiento*." Y suplica la desestimación del recurso formulado por GRUAS JORDAN SL con expresa imposición de las costas.

CUARTO. - Precisiones previas.

Delimitados los términos del debate, esta Sala pasará a pronunciarse sobre las diversas cuestiones suscitadas, a fin de dar cumplimiento a lo ordenado en los artículos 218 y 465. 5 de la LEC, sin perjuicio de agrupar, en lo necesario, el examen de los temas que requieran de un análisis conjunto, pues a tenor del contenido de los respectivos escritos de apelación y resistencia a la apelación, parece conveniente estructurar una respuesta simultánea a los argumentos respectivamente deducidos por las partes.

Y añadimos a lo anterior, que el objeto de nuestra resolución es, precisamente dar cumplimiento a lo que establece el artículo 456.1 de la LEC sin perder de vista que nos hallamos en el marco de un proceso, en el que la tarea judicial es la de decidir sobre el caso concreto con sustento en las alegaciones vertidas en los escritos rectores del proceso (demanda y contestación), la prueba practicada y el régimen de fuentes aplicable.

Esto implica una solución concreta para un supuesto fáctico concreto, y en este caso, el correspondiente al asunto ventilado entre la entidad GRUAS JORDÁN SL (como demandante, en el ámbito de una acción "follow on", en su condición de eventual perjudicado por la infracción de las normas de la competencia), y la demandada AB VOLVO, (destinataria de la decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016, en el Asunto AT.39824- Camiones).

Al hilo de lo expuesto, y para una mejor sistematización de nuestra respuesta a las cuestiones planteadas, empezaremos examinando los motivos de apelación de orden procesal del recurso de AB VOLVO, determinaremos - a continuación y en respuesta al segundo bloque planteado por la demandada - la normativa aplicable al caso dando respuesta a las tres infracciones legales que se desarrollan en el escrito, y finalmente



el bloque de cuestiones relativos a la interpretación de la Decisión de la Comisión Europea en conexión con la valoración de la prueba pericial practicada a instancia de cada una de las partes litigantes, la eventual ponderación del daño, la defensa del "passing on", el devengo de intereses y el pronunciamiento sobre las costas de la primera instancia.

QUINTO. - Sobre los motivos de apelación de orden procesal planteados por la representación de AB VOLVO (incongruencia, infracción de las normas relativas a la motivación de la sentencia, y ausencia de valoración de prueba pericial presentada por la demandada).

5.1. Argumentos de la apelante.

La recurrente dedica la "sección primera" de su recurso (páginas 12 a 25) a la denuncia de las infracciones procesales en que, a su juicio, incurre la sentencia apelada, con cita de los artículos 216 y 218 de la LEC (principios de justicia rogada y de motivación de las resoluciones judiciales), en relación con el artículo 24 de la Constitución. Alega que la sentencia se aparta de la prueba pericial aportada y acude a la cuantificación judicial del daño, reemplazando la actividad de las partes, cuando el juez no puede irrogarse el papel de perito. Y añade que la resolución incurre en contradicciones cuando sostiene, por una parte, que el actor tiene la carga de probar el daño, para descartar seguidamente esa carga. También cuando rechaza un porcentaje estadístico y, a continuación, aplica otra media, amén de una total ausencia de valoración de la pericial aportada por su representada.

5.2. Valoración del Tribunal.

No anticiparemos en este apartado aspectos que deban ser objeto de examen con ocasión del enjuiciamiento de las cuestiones de fondo, y nos limitaremos ahora a resolver los motivos de apelación que integran este apartado por referencia exclusivamente a sus elementos formales o adjetivos.

Dicho lo cual, no podemos acoger las alegaciones de la recurrente.

Sin perjuicio del ulterior análisis de contenido, la sentencia apelada no incurre en las infracciones procesales que se denuncian, lo que no impedirá que, cuando proceda, hagamos las oportunas correcciones en todo aquello en lo que discrepemos o sea objeto de revisión en cumplimiento de lo establecido en el artículo 456.1 y de los artículos 218 y 465.5 de la LEC.

Estas son las razones que nos conducen a la conclusión desestimatoria expresada:

Primera. De la lectura de la sentencia apelada se desprende el cumplimiento de los requisitos jurisprudencialmente exigibles, tanto en lo que concierne a la forma de la resolución (por referencia al contenido del artículo 209 de la LEC), como respecto a la motivación de las resoluciones judiciales conforme a la doctrina constitucional y jurisprudencial que interpreta los artículos 209, 216 y 218 de la LEC y los artículos 24 y 120.3 de la Constitución. Nos remitimos al primero de los fundamentos de esta Sentencia en el que se contiene la síntesis de las cuestiones que aborda el magistrado "a quo", que sirven de fundamento a su pronunciamiento de condena.

La motivación implica que el tribunal exprese razonadamente los elementos fácticos y los argumentos jurídicos que inciden en la interpretación y valoración de las pruebas, e interpretación y aplicación del derecho, como ha tenido ocasión de declarar el Tribunal Constitucional (STC 14/1991 y 133/2013) y, reiteradamente el Tribunal Supremo (entre otras, en Sentencia de 23 de octubre de 2015). Cuestión distinta es la discrepancia que se pueda mantener respecto a lo argumentado y resuelto.

Una motivación escueta y sucinta respecto de la valoración de la prueba o de otros extremos debatidos, no deja de ser motivación (STC de 3 de noviembre de 1987), debiendo ser coherente y razonable (STC 133/2013). La STC184/1988, de 13 de octubre (RTC 1988/184) declara que la "necesidad de motivación no excluye la posible economía de los razonamientos, ni que éstos sean escuetos, sucintos o incluso expuestos de forma impresa o por referencia a los que ya constan en el proceso. Lo importante es que guarden relación y sean proporcionados y congruentes con el problema que se resuelve y que, a través de los mismos, puedan las partes conocer el motivo de la decisión a efectos de su posible impugnación y permitan a los órganos judiciales superiores, ejercer la función revisora que les corresponde".

Según la doctrina del Tribunal Constitucional, el deber de motivación no exige que la resolución judicial toque necesariamente todos los aspectos tratados en el juicio. En la Sentencia 218/2006 de 3 de julio dice: " la resolución impugnada no carece de motivación, pues hace explícito el razonamiento que conduce al órgano judicial a desestimar totalmente las pretensiones de la recurrente, permitiendo el conocimiento de los fundamentos de aquella decisión y el seguimiento del hilo argumental que conduce a la misma. (...) sin que, (...), quepa residenciar en vía de amparo constitucional el enjuiciamiento o censura de la parquedad o concentración



del razonamiento, si éste permite conocer el motivo que justifica la decisión y garantiza, consecuentemente, la exclusión de arbitrariedad (STC 150/1988, de 15 de julio , FJ 3)."

La aplicación de la doctrina expresada conduce a la desestimación de lo alegado por la recurrente.

La sentencia apelada, en el juicio de comparación entre lo pedido y lo concedido, no incurre en incongruencia, pues su pronunciamiento está dentro de los límites de lo postulado y lo resistido. La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 1997 destaca que el principio jurídico procesal de la congruencia "*no impone sino una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes, y a los hechos que las fundamentan, pero no una literal concordancia, (...) no se produce incongruencia por el cambio de punto de vista del Tribunal respecto al mantenido por los interesados, siempre que se observe absoluto respeto para los hechos, que son los únicos elementos que pertenecen a la exclusiva disposición de las partes, si bien con la facultad del juzgador de fijar los alegados de modo definitivo según el resultado de las pruebas*".

Buena prueba de que las partes conocen las razones que conducen a la parte dispositiva de la sentencia apelada es la extensión de sus respectivos escritos de apelación y oposición a las apelaciones adversas, con todo lujo de detalles y argumentos.

Segunda. El hecho de que no se haga referencia expresa a algún medio de prueba no implica que no haya mediado la oportuna valoración de la aportada por cada una de las partes litigantes, máxime cuando es admisible la fijación de las conclusiones judiciales dentro del marco de una valoración conjunta de la practicada en el proceso. Así se desprende, entre otras resoluciones, del Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2017 (ROJ: ATS 3461/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3461A).

Y la concreta revisión de la valoración de la prueba pericial efectuada por el magistrado "a quo" será objeto de examen más adelante, sin que podamos incardinar en él ámbito del artículo 218 - exhaustividad y motivación de las resoluciones judiciales - la pretendida infracción del artículo 348 de la LEC - relativo a la valoración de la prueba pericial conforme a las reglas de la sana crítica -, máxime cuando está reconocida jurisprudencialmente la fundamentación por remisión, que es lo que acontece al caso, cuando el magistrado "a quo" comparte y se remite a las tesis mantenidas en las resoluciones que cita del Juzgado Mercantil 3 de Valencia.

SEXO. - Sobre la sección segunda del recurso de AB VOLVO titulada "Motivos de apelación de orden material si bien relacionados con las presunciones y normas sobre carga de la prueba aplicadas en la sentencia, así como con el régimen legal aplicable a las reclamaciones de daños consecutivas a una decisión de la autoridad de la competencia."

6.1. - Argumentos de la recurrente.

La representación de AB VOLVO, a lo largo de las páginas 26 a 45 del recurso combate, en primer término, la aplicación al caso de la Directiva 2014/104, con análisis del régimen transitorio de la propia Directiva de daños e invocación del artículo 2.1 del C. Civil, rechazando los criterios de la resolución apelada y de las sentencias en las que se sustenta la decisión del Juzgador de instancia.

También argumenta - en referencia al artículo 1902 del C. Civil - sobre la inexistencia de una presunción de relación de causalidad entre el hecho y el daño, afirmando respecto de este presupuesto de la acción que "*nada en el derecho comunitario o español permite presumir la relación de causalidad*" y, seguidamente entra en el análisis de los efectos en el mercado de los intercambios de información para negar la existencia del daño. También dentro de esta sección considera errónea la aplicación de la regla "*ex re ipsa*" con cita de los criterios doctrinales y pronunciamientos judiciales que considera aplicables, de los que deduce la inexistencia de una aplicación generalizada de dicha regla. Finalmente se refiere a la doctrina del TJUE acerca del carácter vinculante de las Decisiones de la Comisión Europea.

6.2.- Criterio del Tribunal sobre la normativa aplicable a las reclamaciones de daños consecutivas a la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016.

Para resolver las cuestiones planteadas (y sin perjuicio del ulterior análisis particularizado del asunto que se somete a nuestra decisión), expondremos ahora el marco normativo y jurisprudencial, que, a nuestro criterio (y según hemos expuesto en las Sentencias de 16 de diciembre de 2019, dictadas en los Rollos de Apelación 1071 y 1126, ambos de 2019) debe aplicarse a las acciones consecutivas ejercitadas al amparo de la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016.

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 la 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 Tercer , 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.

e) 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:

4) 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.*"

a. 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.*"

b. 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

5) 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 precisarla.*"

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.

SÉPTIMO. - Previo al examen y valoración de la sección tercera del recurso de AB VOLVO en relación con el apartado primero del recurso promovido por GRUAS JORDAN SL: Posición de las partes y pruebas aportadas al proceso.

Para la adecuada resolución de las restantes cuestiones debatidas, es necesario hacer una breve descripción de los antecedentes obrantes en el proceso y de la prueba practicada en el mismo, pues esta Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia, considera que cada una de las acciones ejercitadas al amparo de la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016 debe ser objeto de examen particular, pues si bien es cierto que en los diversos procesos las alegaciones son similares, las circunstancias concretas de cada caso deben valorarse, atendidos los múltiples matices existentes, las concretas pruebas aportadas por demandantes y demandados, o la variedad de enfoques a medida que se van conociendo los criterios de los tribunales. Ello no implica que, ante situaciones análogas demos respuestas distintas, pues entendemos que con arreglo al principio de igualdad jurídica que resulta del artículo 14 de la Constitución, cuando los supuestos enjuiciados respondan de forma mimética al mismo patrón, la respuesta habrá de ser coherente, de modo que, ante supuestos de hecho iguales las consecuencias sean las mismas, como ha declarado tanto el Tribunal Constitucional (S n.º 23/81 de 10 de julio, 11/82 de 29 de marzo, 60/84 de 16 de mayo, entre otras), como las distintas Salas del Tribunal Supremo (SS de la Sala 3.ª de 28 de abril y 19 de noviembre de 1986, Sala 2.ª de 22 de abril de 1983 y 5 de julio de 1985, entre otras).

Dicho esto, en el litigio seguido entre Grúas Jordán SL y AB Volvo, los elementos a valorar son los siguientes:

7.1.- La representación de GRUAS JORDAN SL presentó demanda en fecha 27 de marzo de 2018, argumentando su cualidad de comprador de los siguientes vehículos de la marca RENAULT que identificamos: 1) Matrícula NUM000 , modelo Midlum 19010, el 7 de enero de 2008 por importe de 39.772,32 euros, 2) NUM001 , Midlum 22012, el 7 de enero de 2008, por importe de 43.133,09 euros, 3) NUM002 , Midlum 22016, el 13 de febrero de 2018, por importe de 61.972 euros, 4) NUM003 , Midlum 150088, el 3 de octubre de 2003, por importe de 27.042 euros, 5) NUM004 , Midlum 19010, el 29 de septiembre de 2008, por importe de 41.100 euros, 6) NUM005 , Midlum 28018, el 14 de febrero de 2008, por importe de 64.600 euros. Los camiones fueron adquiridos en los concesionarios Renault que se identifican en la página 2 del escrito de demanda, a la que se acompaña, como bloque documental 2 (folios 56 a 137 del primer tomo), las copias de facturas, tarjetas de transporte y contratos de financiación.



La entidad actora, cuyo objeto social es el alquiler y servicio de grúas móviles para reparación de vehículos, argumenta haber sufrido un daño como consecuencia de la existencia de un cártel de fijación de precios en el que había participado la demandada, 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 (documento 5, al folio 146 y siguientes integrado por la versión en inglés y su traducción jurada), entre otros documentos dirigidos a acreditar la legitimación y el daño.

La actora cuantifica el perjuicio sufrido por sobrecoste y por "passing on" de la implementación de las tecnologías medioambientales en un total de 67.471,61 euros.

Para la prueba del daño por sobrecoste- que cuantificó en un 20,70% del precio de adquisición del vehículo -, y del derivado de la implementación de las nuevas tecnologías, aportó en formato CD, correspondiente al "documento 8", un informe pericial, emitido por el ingeniero industrial Don Faustino, quien desarrolla su pericia incorporando al dictamen la correspondiente bibliografía y anexos.

De dicho informe resulta: 1) un apartado de antecedentes sobre la descripción y características de un cártel, 2) los camiones como objeto del informe, 3) el impacto ambiental por las emisiones de los vehículos diésel, 4) los sobrecostos de los vehículos industriales por la implementación de soluciones para la retención de nox y partículas sólidas, 5) el establecimiento de multa por parte de la Comisión por el ilícito concurrencial, 6) el análisis de los diferentes métodos de cálculo para establecer la indemnización correspondiente a los vehículos afectados, 7) el análisis exhaustivo de los cárteles en Europa, 8) los modelos econométricos del mercado del camión, 9) y el dictamen propiamente dicho con las conclusiones para cada uno de los dos bloques de cuantificación señalados (sobrecoste y "passing on" de incorporación de las tecnologías), por referencia a cada uno de los camiones origen del proceso.

El dictamen fue ratificado en el acto de juicio y sometido a contradicción de las partes (video 1). De la revisión del soporte de grabación, destacamos los siguientes elementos relevantes de las manifestaciones del Sr. Faustino a las preguntas que le fueron formuladas:

a) *En cuanto a sus cualidades como experto:* su condición de ingeniero superior industrial. Destacó su experiencia como perito y participación en la emisión de diversos informes relacionados con el motor (referencia al caso Volkswagen) y su experiencia en diversos sectores.

b) *En lo que concierne a la metodología para la emisión del dictamen:* Desde el conocimiento de los métodos a que se refiere la Guía de la Comisión, y atendidas las particularidades del cártel enjuiciado, explicó en la vista las razones por las que no eran de aplicación los aconsejados en ella y en particular los métodos comparativos de facturas (antes y después) ni el comparativo con otras regiones geográficas (países y continentes alejados en el que las condiciones son diversas y no comparables) y otros productos que pudieran considerarse análogos (autobuses y camiones de peso ligero, vehículos y furgonetas). Aseguró que la propia duración del cártel, el hecho de no ser una materia prima y las peculiaridades del producto hacen imposible el uso de los métodos contemplados por la Comisión. Tras referirse a otros eventuales métodos (financieros, costes) afirmó que, con soporte en la propia Guía, investigó otras alternativas y concluyó que es posible la cuantificación por referencia a los estudios de investigación que cita, realizados por economistas prestigiosos. Se refirió en particular al informe Smuda, del que afirmó que ha sido ampliamente divulgado, que se caracteriza por ser un análisis estadístico del desarrollo de los cárteles a nivel europeo, aun abarcando un período sensiblemente inferior a la duración del cártel de los camiones, y para áreas más reducidas. Destacó que su criterio metodológico (del que extrae el porcentaje del 20,70%, que aplica al precio soportado por el cliente) está respaldado por el Registro de Economistas Forenses (Refor). Dijo haber valorado 6000 camiones de forma progresiva, sin que pudiera utilizar el método comparativo solo por referencia a las facturas, si bien, actualmente, ha hecho un examen de la información que resulta de ellas, sin que se pueda desarrollar otro método comparativo.

A preguntas de la letrada de la parte demandada afirmó haber realizado más de 1000 informes vinculados a este cártel y negó que el método por él utilizado pudiera aplicarse a otros cárteles porque para ellos habría que acudir a los establecidos en la Guía, sin que sea posible en este caso en particular (no es una materia prima, sino un producto de enorme complejidad, con múltiples proveedores y características diversas). Admitió haberse basado en la literatura científica existente, sin haber podido desarrollar un modelo econométrico por ser un mercado opaco para los peritos, que no lo permite.

c) *Respecto a las conclusiones:* 1) Diferencias entre el cártel del azúcar y el cártel de los camiones (cártel duro, considerando 2 de la Decisión), que ha producido efectos en la comercialización de los productos según el apartado 85 de la Decisión. 2) Trabaja con facturas españolas y con el precio de compra porque es la única información que tienen, y en cualquier caso el precio bruto se traslada a la cadena de distribución, sin que los descuentos afecten a los resultados. 3) Producto homogéneo en el plano en el que se produce el intercambio de información. 4) Cuantifica de forma separada porque son dos daños derivados de dos conductas diferentes,



según se desprende de la propia decisión. 5) Discrepa del contenido de los informes aportados por las infractoras en los diversos procedimientos en los que ha participado, y afirma que son coincidentes porque niegan los efectos producidos por el cártel (daño cero). 6) Critica el método de comparación diacrónica utilizado por la parte demandada por su sesgo temporal y el número de variables en el modelo de regresión lineal (solo cuatro variables) y la incongruencia del mismo respecto de las críticas que hacen a su propio informe.

d) *Respecto del caso concreto de Grúas Jordán SL.* A preguntas de la letrada de AB VOLVO manifestó su creencia de que para preparar el informe había hablado telefónicamente con el cliente (sin recordarlo con exactitud por el volumen de asuntos en los que ha trabajado). Las particularidades de GRUAS JORDAN SL son las siguientes: todos los camiones afectados son del modelo MIDLUM, unos se pagaron en efectivo y otros se financiaron, están amortizados y dos de ellos fueron vendidos. Se destinaron a la actividad propia del taller.

7.2.- Previo al análisis de la contestación de la demanda, conviene apuntar que el expediente sufrió una serie de vicisitudes derivadas, - como en otros procedimientos similares, de los que hemos tenido conocimiento - de la discusión en torno al emplazamiento (folios 268 y ss) y traducción de documentos (folio 338 y concordantes), y de la declinatoria de jurisdicción planteada, que no prosperó (folio 541), con la consecuente demora temporal de las actuaciones judiciales.

7.3. - La contestación a la demanda consta en el segundo de los tomos, y tuvo entrada en fecha 11 de octubre de 2018. Previa valoración crítica de la demanda, resume en la alegación "Segunda" la información relevante sobre las clases de acciones de daños por actos contrarios al derecho de la competencia ("follow on" y "stand alone"), identifica la acción ejercitada por la demandante ("follow on") y concluye que ésta no puede limitarse a citar el contenido de la Decisión de 19 de julio de 2016 para fundar su pretensión, porque debe acreditar - además de la existencia de la conducta infractora - que la infracción tuvo influencia en los precios negociados en España, la relación de causalidad y el daño efectivamente sufrido por la demandante, así como la ausencia de repercusión a sus clientes. Y la inaplicabilidad al caso de la Directiva 2014/104, a tenor de su régimen transitorio. En lo que concierne al supuesto litigioso, hizo referencia a los descuentos aplicados a cada uno de los camiones (entre el 32,11% y el 38,1%), señaló que los vehículos NUM002, NUM004 y NUM005 fueron financiados (daños indirectos). Negó que de la Decisión de la Comisión Europea se desprenda la existencia de efectos en los precios negociados entre concesionario y cliente (puntos 80 y 82 de la Decisión) por la naturaleza y contexto de las conductas, las características intrínsecas del mercado de camiones, por no ser suficiente el intercambio de información sobre precios brutos de lista para generar esos efectos, la existencia de numerosos factores que inciden en el precio, etc. En el alegato "Quinto" analiza la adquisición de los camiones en España y las características del mercado, con referencia a la negociación entre concesionario y cliente, el hecho de no tratarse de un proceso de comercialización estandarizado (por incidir la naturaleza del producto), su carácter industrial, las necesidades de cada comprador (incluso con diseños únicos), la posibilidad de entrega de un vehículo usado o concurrencia de pacto de recompra, entre otros factores que definen la particularidad del sector. En el "Sexto" y "Séptimo" de los apartados de la contestación argumenta sobre la falta de acreditación del daño (respecto del que no cabe presunción) y se refiere a la relevancia de la relación de causalidad, la falta de fundamentación adversa respecto de los importes que reclama (inhabilidad del dictamen pericial aportado por remisión al estudio estadístico del informe Smuda) y al hecho de que el precio de adquisición de un camión no puede reputarse como criterio válido para la determinación del daño. Finalmente argumenta (hecho Octavo) que el hipotético sobreprecio se habría trasladado a los propios clientes del demandante y se opone a la pretensión de devengo de intereses que se postula en la demanda (Noveno).

Y como documentos adicionales a los que ya constaban en el expediente, adjunta informes de tráfico (bloque documental 3) y diversas resoluciones judiciales de Juzgados de lo mercantil españoles y de la Audiencia Territorial de Hannover de 28 de mayo de 2018 (con su traducción, documentos 6 y 7) y de la Audiencia Territorial de Berlín de 26 de junio de 2018, con su traducción (documentos 8 y 9).

También se aportó el informe pericial de 12 de noviembre de 2018 emitido por KPMG ASESORES SL, firmado por Don Pablo y Don Plácido. Dicho informe (128 páginas) consta de tres partes: 1) La primera tiene por objeto una serie de consideraciones previas sobre los camiones del caso concreto, los criterios relevantes para la cuantificación del daño y las características del mercado de los camiones en España. 2) El segundo bloque se destina a la evaluación del informe pericial aportado por la demandante. Y, 3) finalmente, a partir de la página 90 propone una cuantificación alternativa del supuesto daño sufrido por la actora acudiendo al método de comparación diacrónica temporal, valorando, igualmente la capacidad de traslación del daño por la actora a sus clientes. Este último apartado del informe comprende las páginas 90 a 119, de las que destacamos: i) que al folio 112 se concluye - a la vista de los resultados del análisis de regresión realizado - que no existe sobreprecio y, en consecuencia, que el daño es cero. Y en lo que concierne al "passing on", argumenta que, por la falta de información que requiere de la actora y sin perjuicio de los elementos que maneja para elaborar sus



conclusiones - información pública disponible, ingresos de explotación anuales de la demandante, evolución de la actividad del sector y de vehículos autorizados para el transporte público, distribución de costes, de precios medios por carga, etc.-, considera " *muy probable que los transportistas y las empresas ligadas a esta actividad como la de la Actora, hubieran podido repercutir en los precios de sus servicios cualquier eventual sobrecoste en el precio de los camiones, de existir éste.*" Y concluye, a tenor de las dinámicas observadas, en la presunción, durante el período de la infracción, en la existencia de " *condiciones económicas favorables para que la Actora hubiera recuperado la totalidad de los costes incurridos en el desarrollo de su actividad económica, por lo que habría trasladado completamente en el precio a sus clientes, cualquier incremento de costes y, entre ellos en su caso, un eventual sobrecoste en la adquisición de los camiones, sin haber sufrido descenso en sus ventas*", sin que finalmente pueda hacer una correcta cuantificación del "passing on" por la razón ya apuntada de ser necesaria la información solicitada en el escrito de contestación a la demanda.

En el acto del juicio, Don Pablo ratificó el informe emitido. Describió - a preguntas de la letrada de la parte demandada - el método econométrico utilizado y las particularidades de su informe en el caso de GRUAS JORDÁN SL y explicó las razones por las que dicho método era correcto, en contraposición a la crítica realizada por el Sr. Faustino .

a) *En cuanto a sus cualidades como experto:* Su cualificación resulta de la página 127 del informe (folio 332 del tomo segundo) tanto en lo que concierne a la titulación en ciencias económicas y empresariales, como en lo relativo a su experiencia en la administración y en el ámbito de la competencia.

b) *Crítica del informe adverso:* No estima adecuado el método utilizado por la parte actora con sustento en el informe Smuda y resultados sesgados, y considera que con la información de que disponía el perito (facturas, más datos de tráfico, más datos de clientes) pudo hacer un estudio comparativo que no se ha realizado, basando sus conclusiones en investigación académica no extrapolable.

c) *Metodología para ofrecer una cuantificación alternativa del eventual daño sufrido por la actora:* Utiliza el "método de comparación diacrónica temporal" en los términos en que queda desarrollado en el texto escrito del dictamen, negando sesgos en la elección de los datos y exponiendo las razones por las que el modelo de regresión lineal aplicado es correcto, por referencia a 4 variables en cada sector de uso, a fin de efectuar comparación entre elementos comparables.

d) *Conclusiones relevantes:* 1) Cada una de las partes dispone de datos complejos y sensibles de los que no dispone la otra para la realización de sus respectivos informes, lo que condiciona la elección del método de trabajo pericial, 2) El producto es heterogéneo. 3) Las conductas descritas en la Decisión de la Comisión no han tenido impacto en los precios. 3) La infracción consiste en el intercambio de información y no en la subida de precios, se discutió sobre ellos, sin evidencia de que finalmente se incrementaran, 4) El cártel de los camiones no es un cártel desde el punto de vista técnico: las referencias a los precios en la Decisión, es a precios brutos y no a precios netos, sobre los que no se produjeron efectos. 5) La sanción impuesta por la comisión es suficientemente disuasoria.

e) *Respecto del "passing on":* Afirma la existencia de evidencias que permiten valorar la existencia de un traslado de precios a los clientes de la demandante. El análisis es cualitativo y no cuantitativo.

f) *Sobre el caso concreto de Grúas Jordán SL:* Se han vendido dos vehículos sin que haya efectuado ampliación del informe. Destacó la existencia de márgenes que no son habituales en relación a dos de los camiones.

7.4.- Con ocasión de la Audiencia Previa se aportó al proceso un importante número de resoluciones dictadas por tribunales alemanes y españoles (en primera instancia) que han quedado incorporadas (folios 345 y siguientes del tomo dos). Entre las resoluciones dictadas por tribunales alemanes, constan tres de la Corte General de Hannover de 16 de abril de 2018 y 18 de diciembre de 2017, y una de la Corte General de Stuttgart de 30 de abril de 2018.

La incorporación al expediente de tales pronunciamientos sirve para verificar la existencia de procedimientos de reclamación de daños y perjuicios contra los fabricantes de camiones destinatarios de la Decisión de la Comisión, en las que se ha estimado la reclamación de adquirentes de camiones de 18 toneladas (con sustento en la aportación de la correspondiente factura de compra), apreciado el efecto de los acuerdos colusorios en el mercado y el carácter vinculante de la Decisión de la Comisión. También la existencia de supuestos en los que la acción no ha prosperado.

Destacaremos, a efectos meramente orientativos, los siguientes datos que resultan de las aportadas por la parte actora.

1.- En el primero de los casos (18 O 21/17), el demandante alegó que podía reclamar el 7% del precio de compra, más el 5% por encima de la tasa base en concepto de intereses desde la fecha en que se produjo



el daño. Y sustentó su solicitud en el estudio OXERA, en relación al método comparativo que se describe en el párrafo 6 de los antecedentes fácticos de la sentencia. Con arreglo a tales criterios cuantificó el daño en 3.346 euros más intereses.

2.- En el asunto 18 O 23/17, el demandante alegó que podía reclamar el 8% del precio de la compra, con sustento en el método comparativo que se describe en el párrafo 6 de los antecedentes de la resolución. Pidió intereses a una tasa del 8% por encima de la tasa base del BCE. Cuantificó el daño (principal) en 5.672 euros.

3.- En el tercer caso (en la que el demandante era una corporación pública) se postuló una indemnización de 335.055,76 euros (reclamación a tanto alzado del 15% del importe del contrato, con sustento en una cláusula contractual que tenía por objeto cubrir daños por acuerdos restrictivos), más intereses a una tasa de 9 puntos porcentuales por encima de la tasa base. El Tribunal - párrafo 95 - consideró que el daño no podía establecerse de manera concluyente en su decisión.

4.- En el asunto 54 O 1/17 ventilado ante la Corte de Stuttgart, el demandante había adquirido 12 vehículos en un período comprendido entre noviembre de 1998 y octubre de 2011. Pedía un total de 285.303,84 euros más intereses a una tasa del 5% por encima de la tasa de interés base. Se reconoce el derecho del demandante a la reclamación de daños y perjuicios, si bien, en lo que concierne a la determinación de la cuantía considera insuficiente lo aportado por el solicitante y señala que para determinar la cantidad exacta del daño se debe obtener la opinión de un experto.

Y añadimos, a continuación, los datos que resultan de los documentos 6 a 8 de la contestación a la demanda, relativos a las resoluciones de Audiencia Territorial de Hannover de 28 de mayo de 2018 y de la Audiencia Territorial de Berlín de 26 de junio de 2018, desestimatorias.

La primera - relativa al asunto 18 O 17/17 - se refiere a la adquisición en 2006 de una unidad tractora DAF por un precio neto de 75.000 € netos (87.000 € brutos). El solicitante estimó los daños y perjuicios sufridos en un 7% del precio de compra neto por referencia al estudio OXERA de 2009, reclamando un importe de 5231,76 €. La sentencia desestimó la demanda (se apreció la falta de legitimación pasiva de una de las demandadas porque no se constató su participación en los comportamientos sancionados por la Comisión Europea). Y respecto de la primera de las demandadas no se pudo concluir que en el proceso de contratación se hubiera visto afectado por las acciones del cártel, con arreglo a la normativa alemana, al haberse verificado la adquisición a través de un comercializador intermediario no vinculado societariamente a DAF.

En la segunda de las resoluciones - asunto 16 O 117/17 Kart-, la demandante - dedicada a la fabricación de pallets de plástico - alegó la adquisición en 2008 de cinco camiones DAF, con un valor de adquisición cada uno de ellos de 83.500 euros netos (99.365 brutos) mediante contrato de arrendamiento con opción de compra, El perjuicio alegado por la actora como consecuencia del cártel, sería " según los expertos o especialistas" del 15%, cuantificando en 54.456,55 euros el daño, al que añadía intereses al tipo base más 8 puntos. La sentencia desestimó la pretensión indemnizatoria porque la adquisición había operado a través de una sociedad financiera vinculada a DAF pero independiente de ella, y que sólo podía estar afectada de forma indirecta por las acciones del cártel. La Sentencia no entró a valorar ni la eventual cuantificación del daño, ni el eventual "passing on", ni el derecho a los intereses reclamados por la sociedad actora.

OCTAVO. - Sobre los contenidos de la sección tercera del recurso promovido por AB VOLVO en conexión con los motivos primero y segundo del recurso de apelación de GRUAS JORDAN SL.

Resolveremos de forma simultánea - por la vinculación de los temas entre sí- las cuestiones planteadas por AB VOLVO en los ordinales octavo a décimo cuarto (páginas 46 a 80), y los dos primeros motivos del recurso planteado por la actora, pues del conjunto de tales alegaciones se desprende la controversia en torno a la concurrencia, o no, de los presupuestos jurisprudencialmente exigidos para que pueda prosperar una acción al amparo del artículo 1902 del C. Civil (acción u omisión ilícita, daño y relación de causalidad) por daños derivados de infracción de las normas de la competencia (101 y 102 TFUE).

A tales aspectos generales se anudan una serie de cuestiones vinculadas a ellos, que han sido objeto de discusión en el procedimiento por su conexión a los dos primeros presupuestos (contenido y alcance de la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016), o al daño, su prueba y cuantificación (al que se anudan las alegaciones sobre el escenario de dificultad probatoria, la carga de la prueba, la valoración de las periciales practicadas y la convicción que provocan en el tribunal, la eventual aplicación de la doctrina " ex re ipsa" y sus consecuencias, o finalmente, si acreditado y cuantificado el daño puede entenderse que este fue desplazado "aguas abajo" hacia los clientes del demandante - defensa del "passing on"-).

Primero haremos descripción sintética de los puntos controvertidos por las partes, para desarrollar seguidamente el hilo argumental del que extraeremos nuestras conclusiones haciendo aplicación del marco normativo que ya hemos dejado descrito al inicio de esta resolución.



8.1. Cuestiones controvertidas.

Primera. No se discute la existencia de la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016 ni la sanción que dimana de la misma.

Se discute en la alzada - como se discutió en la instancia en conexión con la acción u omisión ilícita - la interpretación del contenido y alcance de la Decisión.

La parte actora sostiene la existencia de un cartel duro atendida la constante referencia al incremento de precios que se desprende de sus diversos considerandos, mientras que la entidad demandada afirma que se trata de un "ilícito de peligro", que la palabra "cártel" solo se menciona en tres ocasiones en el texto - en contraste con otras decisiones -, y que, en definitiva, los hechos consistieron principalmente en intercambios de información sobre precios y/o incrementos de precios brutos futuros, a lo que añade la ausencia de referencia a España y la ausencia de examen de los efectos reales del acuerdo (puntos 80 y 82) por haber quedado acreditado que la conducta era anticompetitiva.

Segunda. La relación de causalidad.

La parte actora vincula el daño que reclama a las conductas descritas en la Decisión, pues anuda a ellas el pago de un sobreprecio en la adquisición de los camiones que, de otro modo, no habría soportado.

La parte demandada, por el contrario, afirma la inexistencia de relación de causalidad entre sobreprecio e intercambios de información, porque: a) el mercado de camiones es un mercado altamente transparente, lo que hace extremadamente difícil la posibilidad de que existan sobreprecios consecuencia de dicha conducta. Destaca que la heterogeneidad de los camiones dificulta aún más la colusión en los precios, que la demanda es altamente cíclica y los precios son objeto de una fuerte negociación entre comprador y vendedor que se traduce en importantes descuentos; b) El mercado geográfico es, asimismo, importante: la Decisión no se refiere en ningún momento a España o al mercado español. Partiendo de tales elementos, y en relación a Grúas Jordán SL elimina la posibilidad de apreciar la existencia de sobreprecio por la desconexión entre los precios europeos y los precios locales, los descuentos realizados (superiores al 30%) y la propia capacidad de negociación de la demandante respecto a dos camiones en particular (NUM002 y NUM005) respecto de los que sólo se aportaron facturas proforma, sin que conste el precio efectivo, siendo el de la proforma sensiblemente superior a los de otros camiones similares adquiridos poco antes.

Tercera. La existencia del daño y su cuantía, por referencia a los respectivos informes periciales emitidos a instancia de cada una de las litigantes.

8.2. Criterio de la sala.

Primero. Sobre el contenido y alcance de la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016. Acción u omisión ilícita.

Empezamos apuntando, y es relevante, que para fijar las conclusiones jurídicas sobre este punto no acudiremos a los contenidos que resultan de los informes periciales respectivamente aportados por las partes, ni a las valoraciones que los peritos hicieron en el acto del Juicio sobre el contenido y alcance de los diversos considerandos de la Directiva, porque esta tarea es la que incumbe al tribunal, sin perjuicio de examinar, en su momento, los aspectos económicos vinculados a ella.

La Sentencia de Primera Instancia, en el sexto de sus fundamentos, siguiendo el texto de la Decisión de la Comisión, asevera que de la misma no resulta que hubiera fijación de precio más allá de lo que se indica en los puntos (2), (50) y (51), sino intercambio de información con la finalidad de fijarlos (46 y 81), y que dicha información era la herramienta idónea para hacerlo (47) y subvertir el mercado. Con sustento en tales elementos y cita del artículo 17.2 de la Directiva 2014/104, concluye que teniendo en cuenta la duración del cártel, la finalidad descrita y la presunción de la Directiva, está probada la fijación de precios.

La Sala no comparte el razonamiento judicial descrito en la medida en que para fundar su conclusión aplica una presunción legal inserta en la Directiva 2014/104 que, como ya hemos dicho en nuestro Fundamento Jurídico SEXTO 6.2, no es aplicable al caso por ser los hechos enjuiciados anteriores. Ello no obsta a que demos por reproducidos los pasajes de la Decisión (traducción española) que se transcriben en la sentencia apelada y a que lleguemos a la conclusión apreciada en la apelada sin acudir a la aplicación de una presunción legal que no puede servirle de fundamento.

Cada una de las partes hace su propia interpretación del texto de la Decisión, dando mayor o menor valor a unas palabras sobre otras, y extrayendo las conclusiones más acordes a sus respectivos intereses. De lo que no cabe duda es que la Decisión reconoce un ilícito (que sanciona), y que abre la vía al ejercicio de las acciones "follow on" a los eventuales perjudicados por las conductas colusorias que describe. No podemos



limitarnos a la descripción genérica del apartado (2) en el que tanto hincapié hace la parte actora, pero si en la finalidad que reconoce la Comisión a la conducta continuada consistente en el intercambio de información: 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. 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: una vez 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 (folio 141 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, que permite seguir avanzando en el examen de los demás requisitos de la acción.

Segundo. Relación de causalidad.

El análisis de este segundo elemento enlaza con lo que hemos apuntado en el apartado que precede.

La incidencia de los acuerdos sobre 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), 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.

Volviendo al caso que nos ocupa, 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 la inexistencia de efectos: 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."

Consecuencia de lo expuesto hasta el momento, y estando acreditado que la entidad demandante compró los seis camiones litigiosos dentro del período de cartelización (en 2003 y 2008), en el área de influencia geográfica del cártel (que abarcó la totalidad del territorio del espacio económico europeo), en el marco de la distribución de una de las empresas afectadas (VOLVO-RENAULT), apreciamos - conforme al artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en conexión con la presunción del propio apartado 85 de la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016 y el tenor de la Sentencia del TGUE de 16 de septiembre de 2013 citada - suficientes indicios para considerar la existencia de una relación de causalidad entre la conducta sancionada y su eventual incidencia en el precio de los camiones adquiridos por GRUAS JORDAN SL

Tercero: daño y cuantificación .

La respuesta que demos en este apartado viene condicionada a la valoración de las pruebas periciales, cuyo contenido hemos dejado descrito con ocasión del examen de las respectivas posiciones de las partes y elementos probatorios aportados al proceso. No podemos obviar que, precisamente la valoración de la prueba pericial es cuestión controvertida en la alzada por ambas partes: la actora, por la desestimación que de su método ha hecho el magistrado "a quo"; la demandada porque considera infringido el artículo 348 de la LEC por la falta de valoración de la pericia emitida por Don Pablo, y por considerar que el magistrado, al cuantificar el daño por referencia a la resolución del Juzgado Mercantil 3 - que hace propia - ha asumido una función pericial que no le incumbía.

1.- Criterios generales de valoración de las pruebas periciales.

Clave para la valoración de los informes periciales en el marco de las acciones de daños y perjuicios derivados de los ilícitos concursionales (cuya dificultad metodológica y complejidad ha sido reconocida por la propia Comisión y la puesta a disposición de los Tribunales de la Guía Práctica), son los parámetros que se fijan en la Sentencia - citada - de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013, en la que, con ocasión de la defensa del "passing on" articulada por la parte demandada en el denominado "cártel del azúcar", apuntó a la imposibilidad de realizar una reproducción perfecta de cuál hubiera sido la situación de no haberse producido la conducta ilícita, lo que constituye un problema común a todas las valoraciones de daños y perjuicios que consisten en proyecciones de lo que habría sucedido si aquella no hubiera tenido lugar. Y fijó los criterios que podemos sintetizar del siguiente modo:

a.- El informe pericial que tenga por objeto la cuantificación del perjuicio derivado de la infracción, en el escenario de dificultad probatoria apuntado, tiene que partir de una hipótesis razonable y técnicamente fundada en datos contrastables y no erróneos.

Añadimos a lo indicado por el Tribunal Supremo la importancia de la cualificación del perito, su conocimiento del mercado afectado, el método elegido y la fundamentación de sus conclusiones. Sin perjuicio de los soportes necesarios para justificar su opinión técnica sobre lo controvertido, y de la complejidad inherente a las cuestiones examinadas, lo que debe aportarse al Tribunal son sus conocimientos aplicados al caso (derivados de sus máximas de experiencia) que permitan el resarcimiento del daño, de acuerdo con lo que constituye su función en el proceso judicial, esto es, aportar los conocimientos científicos, técnicos o prácticos que requiere el asunto sometido a la decisión de los jueces.

Ello no implica una exigencia en términos de certeza cuando tal certeza no es posible, pero sí una justificación completa y adecuada en términos de probabilidad. En el apartado 17 de la Guía de la Comisión se indica que *" la cuantificación del perjuicio en asuntos de competencia está, por su propia naturaleza, sujeta a limitaciones considerables en cuanto al grado de certeza y precisión que puede esperarse. No puede haber un único valor "verdadero" del daño sufrido que pueda determinarse sino únicamente las mejores estimaciones basadas en supuestos y aproximaciones. Las disposiciones jurídicas nacionales aplicables y su interpretación deben reflejar estas limitaciones inherentes en la cuantificación del perjuicio en demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 y 102 TFUE de acuerdo con el principio de efectividad del Derecho de la UE, de manera que el ejercicio del derecho a solicitar daños y perjuicios garantizado por el Tratado no sea excesivamente difícil o imposible en la práctica."*

En definitiva; el perito ha de partir de bases correctas (teniendo presente la existencia y naturaleza del concreto cártel que examina y su incidencia en el mercado), ha de utilizar un método adecuado e hipótesis de trabajo "razonable" (y razonada técnicamente, sustentada sobre datos contrastables, no erróneos), debe definir o delimitar el período temporal al que se contrae el informe, y contener las modulaciones necesarias (variación de costes, desprecio de factores irrelevantes y aplicación de las oportunas actualizaciones, cuando proceda).

b.- Respecto del contrainforme aportado por el responsable del daño, no bastará que se limite a cuestionar la exactitud y precisión del informe que se rebate, sino que habrá de justificar una cuantificación alternativa mejor fundada. La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013, rechazó el contrainforme elaborado por la demandada en aquel proceso porque *"parte de bases inaceptables, como son las de negar la actuación del cártel, negar las subidas concertadas de precios y negar por tanto la existencia de sobreprecio"*.

2.- Valoración efectuada en la instancia, y decisión del Tribunal en relación con las alegaciones efectuadas por la representación de GRÚAS JORDAN SL en su recurso.

El artículo 348 de la LEC dispone que *" el tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica"*. En los casos en que, como ahora, existen informes contrapuestos, las resoluciones de los tribunales han ido identificando los diversos aspectos que los jueces podrán considerar para conformar su decisión: la



cualificación y especialización de cada perito, su objetividad, credibilidad y prestigio, las concretas operaciones periciales realizadas para la emisión del informe, la metodología seguida para su confección, la correlación entre lo que se debate en el proceso y se informa, las reacciones y aclaraciones vertidas en el acto del Juicio a las preguntas formuladas, y la fundamentación y coherencia del dictamen pericial (entre otros).

El Juzgado de lo Mercantil 2 de Valencia (conforme a su deber de motivación), en el Fundamento Jurídico Séptimo expone las razones por las que, a su juicio, el informe emitido por el perito del demandante no resulta hábil para determinar el perjuicio sufrido por él (folio 565 del expediente), por lo que rechaza que deba estimarse en un porcentaje del 20,70% del precio del camión (sobrecoste), más las cantidades fijadas en el informe por repercusión al cliente de la implementación de las nuevas tecnologías. El informe expresado no ha provocado la convicción judicial porque se apoya en el denominado informe Smuda que analiza 191 cárteles europeos diversos, del que extrae una media estadística que el juez no reputa objetiva. Y completa el razonamiento remitiéndose al contenido de la Sentencia del Juzgado Mercantil 3 de Valencia de 27 de febrero de 2019 (JO 309/2018), para expresar, a continuación, su coincidencia de criterio, lo que le conduce a fijar en el 5% del precio de cada camión (sin IVA) el perjuicio de cártel, con un resultado final de 13.880,97€ euros, desglosados del siguiente modo:

- I) Vehículo NUM006 cuyo precio fue de 39.772,32 €: importe a indemnizar (5%) igual a 1.988,62€.
- II) Vehículo NUM001 cuyo precio fue de 43.133,09 €: importe a indemnizar (5%) igual a 2.156,65 €.
- III) Vehículo NUM002 cuyo precio fue de 61.972 €: importe a indemnizar (5%) igual a 3098,6.
- IV) Vehículo NUM003 cuyo precio fue de 27.042 €: importe a indemnizar (5%) igual a 1352,1€.
- V) Vehículo NUM004 cuyo precio fue de 41.100 €: importe a indemnizar (5%) igual a 2055 €.
- VI) Vehículo NUM004 cuyo precio fue de 64.600 €: importe a indemnizar (5%) igual a 3230 €.

Este Tribunal ha valorado los argumentos esgrimidos tanto por el perito de la parte actora como los expresados en el informe de KPGM, en relación con el contenido de la Guía Práctica a la que se han referido ambas partes, y ha llegado a la conclusión de que no puede prosperar el primero de los motivos del recurso de Grúas Jordán, en el que sostiene que su perito " *se basa en un método válido de los consignados por la ciencia económica*" que " *destaca por su objetividad*" (página 3), y con arreglo al cual pide la revocación de la sentencia dictada en la instancia y la condena al abono de 67.471,16 euros, más los intereses desde la compra de cada uno de los respectivos vehículos reseñados.

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" o en el que, el producto o productos afectados no tienen el nivel de complejidad y de heterogeneidad que se aprecia en este caso. Nos consta, a través de las versiones escritas de cada uno de los informes, y de su defensa en juicio, el esfuerzo de análisis desplegado y el volumen de información que, tanto uno como otro, han analizado para fijar sus conclusiones.

No obstante, 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.

El informe aportado por la demandada sustenta la inhabilidad del dictamen del Sr. Faustino esencialmente en dos argumentos: 1) la interpretación equivocada de la Decisión que le conduce a estimar un impacto de la conducta infractora en los precios de venta neto de los camiones Renault en España (conclusión expresada en la página 67 del contrainforme); y 2) en realidad el Sr. Faustino no ha desarrollado un método para cuantificar el daño, sino que ha acudido a un documento académico realizado por Eutimio ("*Cartel Overcharges and Deterrent Effect of EU Competition Law*" 2012) y utiliza una de las cifras allí contenidas para asociarla al supuesto sobreprecio atribuible a la infracción, concluyendo que la " *tasa media del sobrecoste es de un 20,70% del precio de venta.*" Así se desprende de la página 69 del informe de KPMG al folio 274 del segundo tomo, con su ulterior desarrollo entre las páginas 71 a 89, que incluyen las referencias a las conclusiones del Sr.



Faustino en torno al perjuicio derivado de los costes soportados por la implementación de las tecnologías sobre emisión de gases.

Aunque no compartimos la primera de las conclusiones del informe de KPMG, si consideramos (en línea con la conclusión mayoritaria de los juzgados mercantiles que lo han valorado en la instancia) que el método utilizado por el Sr. Faustino para fijar el sobreprecio en el 20,70% del precio neto del camión, no es adecuado porque 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 en este caso, en el que se ha equiparado la media con el porcentaje en que se estima el sobrecoste derivado del intercambio de información en la lista de precios brutos.

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 obrante en el expediente.

Según hicimos constar en la Sentencia de esta Sala del 16 de diciembre de 2019 (Rollo 1126/19), en alguno de los procedimientos seguidos en Alemania se han utilizado métodos comparativos (se refleja en sus antecedentes), con resultado de porcentajes, para el mismo cártel, sensiblemente inferiores (horquilla entre el 4,76% y el 9% - mayoritariamente entre el 7 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 tampoco convencieron a los jueces alemanes.

Finalmente, no podemos acudir, para la cuantificación del daño, al informe emitido por KPMG aunque en el mismo se contenga un apartado denominado "*Nuestra cuantificación alternativa del supuesto daño en la Actora*" (página 90 y sucesivas) en el que se concluye que la actora no habría sufrido daño alguno, bien como consecuencia de los resultados del método que desarrolla ("comparación diacrónica temporal") bien por haber repercutido aguas abajo cualquier sobreprecio - que niega - sufrido.

Del análisis del dictamen resulta que:

1) El grueso del apartado 8 de la Sección III tiene por objeto justificar el método de cuantificación elegido (páginas 92 a 96) y los principales puntos del procedimiento seguido para su aplicación, para afirmar al final del apartado 8.2 que las técnicas econométricas son técnicas ampliamente extendidas, tanto a nivel académico como en el campo aplicado (páginas 96 a 108).

2) El apartado 9 intitulado "Resultados del análisis de regresión para los camiones Renault", y en particular del segmento de uso "Distribución Regional" - en el que se encuadran los camiones de la actora - concluye que para un período entre 2003 y 2016, y sobre una muestra de 19.797 observaciones, el impacto de la infracción sería nulo desde el punto de vista del análisis de regresión, de manera que no se habría producido perjuicio alguno a los clientes de Renault del segmento en el que se encuentra la demandante. En consonancia con el punto de partida (apriorístico) del informe aprecia la ausencia de efectos a tenor de la interpretación que hace de la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016. Afirma rotundamente (página 112) que no hay daño alguno para la actora.

3) Sin embargo, en el punto 10 relativo al análisis de traslación por la actora del eventual daño ("passing on") y tras escudarse en la ausencia de datos para establecer conclusiones en términos de certeza, concluye en que las dinámicas de mercado observadas "*permitiría presumir unas condiciones económicas favorables para que la Actora hubiera recuperado la totalidad de los costes incurridos en el desarrollo de su actividad económica*", trasladando completamente a sus clientes cualquier sobrecoste que hubiera sufrido.

Tampoco este informe provoca nuestra convicción, en la medida en que aprecia efecto cero en el contexto de una Decisión de la Comisión que valora que la conducta tiene efectos apreciables sobre el comercio, atendiendo a las cuotas de mercado, el volumen de negocio de los Destinatarios de la Decisión en el espacio económico europeo, la dimensión geográfica de la infracción y la naturaleza transfronteriza de los productos afectados (apartado 85 de la Decisión), a lo que añadimos el amplio período de cartelización.

Por otra parte, somos conscientes de que cada uno de los métodos contemplados en la Guía de la Comisión tiene fortalezas y debilidades, y que, aun cuando el método empleado por la demandada es apto para el análisis de la cuestión, sus resultados no dejan de depender de la selección de los datos, pues una elección de datos inadecuada, su propia calidad y procedencia, el número de observaciones realizadas, la omisión de variables representativas, o la comparación entre términos no comparables, conduce a un resultado sesgado y a unas conclusiones erróneas.



En el presente caso, es cierto que es relevante el número de observaciones efectuadas por el perito (de 19.797) pero los datos han sido facilitados por la parte que encomienda el informe, y se elige un período temporal concreto, que fue cuestionado de contrario, entre otros aspectos, con ocasión del acto de juicio. Y, sobre todo, la impresión que causa al tribunal es que su enfoque, desde el primer momento, está presidido por la negación de cualquier efecto que pudiera dar lugar a la más mínima indemnización, lo que se encuadra en la lógica estrategia de defensa.

Expuesto cuanto antecede, aun cuando el informe emitido por el Sr. Faustino no sea apto para provocar nuestra convicción - como tampoco el aportado por KPGM, por las razones apuntadas -, debemos valorar el esfuerzo efectuado por la actora, en el contexto de desequilibrio en las posiciones propias de la materia que enjuiciamos, lo que nos permitirá avanzar - una vez analicemos la defensa del "passing on", al examen de la doctrina " *ex re ipsa*", con la cautela y prudencia que deriva de las resoluciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo en materias próximas a la que nos ocupa. El escenario, es apto para ello porque:

- a) Los estudios estadísticos de la guía de la comisión ponen de relieve el altísimo porcentaje en el que los cárteles producen efectos (93%).
- b) La Comisión, en su nota de prensa de 19 de julio de 2016, contempla la posibilidad del ejercicio de acciones en reclamación de daños y perjuicios respecto de los afectados por las conductas sancionadas, lo que se vincula a la presunción de la existencia de efectos, y consecuentemente, de daños.
- c) El informe emitido por KPGM sólo formalmente contiene una cuantificación alternativa del daño (daño cero) y niega la existencia de sobrecoste repercutido obviando que en los propios estudios de la Comisión se estima que en el 93% de los casos de cartelización se producen efectos de diversa índole. Esa presunción juega a favor de la parte actora. Incumbe a la entidad sancionada por la infracción de las normas de la competencia acreditar que se encuentra dentro de ese margen residual del 7%, y no lo consideramos probado en este caso, máxime cuando se dice en el recurso de apelación (página 65), por referencia al dictamen pericial, que la diferencia de precio del 0.0076% que resultaría del mismo es prácticamente nula e insignificante desde la perspectiva estadística, pero no deja de ser un porcentaje a efectos de estimar la existencia de sobreprecio.

3.- "Passing on"

Para resolver esta cuestión, vinculada a la valoración de los informes periciales aportados por las partes, retomamos los criterios que resultan de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013 (ROJ: STS 5819/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5819) cuando dice: *"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 cartel. (...) 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 cartel y los precios habían sido negociados."*

Como hemos anticipado en el apartado anterior, el informe pericial para acreditar el "passing on" no provoca nuestra convicción y no la provoca porque se limita a presumir que se daban las condiciones de mercado necesarias para que la actora trasladase cualquier eventual sobre coste a sus clientes.

La cuestión no merece mayor detalle, y la falta de acreditación de este extremo pesa sobre la parte demandada que lo alegaba.

NOVENO. - Doctrina "ex re ipsa": Cuantificación y alcance del daño.

La sentencia apelada, ante la falta de prueba pericial apta para cuantificar el daño, estima en el 5% del precio de adquisición de los camiones, el daño sufrido por la demandante y asume los argumentos que resultan de la Sentencia del Juzgado Mercantil 3 de Valencia de 27 de febrero de 2019, que se sustenta en el informe Oxera, y en la que, con elección de la estimación más conservadora del muestreo estadístico, estima razonable un porcentaje de sobreprecio del 5% como media de compromiso entre los umbrales mínimos y máximos que intervienen como común denominador del 93% de los cárteles que aplican sobreprecios.

La parte actora considera insuficiente la indemnización fijada (en los términos que ya hemos descrito) y AB VOLVO, por el contrario, postula la íntegra desestimación de la demanda.



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 del 5% del precio neto 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, 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 estimar adecuada una indemnización equivalente al 5% del precio neto de cada camión afectado:

1) 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.

2) 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 indemnizatoria 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%, coincidente con el fijado en la instancia apelada, pero no en concepto de sobreprecio. Somos conscientes de que sobreprecio y daño no son términos equivalentes, pues ya tuvo ocasión de declararlo la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013 con ocasión del análisis de la defensa del "passing on."



Hemos valorado las alegaciones de la demandada relativas a la incongruencia matemática del fallo de la sentencia apelada por indebida equiparación de sobrecoste y daño, así como la fórmula que aplica para argumentar que, si se estima el sobrecoste en el 5%, el daño sería del 4,76% (páginas 78 y 79) con la consecuente trascendencia económica en el resultado final de los cálculos. No afecta a la Sala el argumento esgrimido por AB VOLVO, pues su razonamiento parte de la crítica de la base utilizada por el Juzgado "a quo" (los estudios contemplados en la Guía de la Comisión y en particular al estudio Oxera de 2009, que no ha sido aportado al proceso), que no constituyen fundamento de nuestra decisión, tal y como hemos apuntado al inicio de nuestro razonamiento.

3) 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 párrafo 26 de la Decisión) con la enorme posibilidad de variantes que inciden en el precio de venta de cada camión, 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 (tanto en lo que concierne a la información disponible como a la elección y desarrollo de un método adecuado de cuantificación) y el desequilibrio en la posición de las partes para rechazar el argumento de daño cero a que se refiere la parte demandada, que niega 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 ser procedente mantener la indemnización fijada en la sentencia apelada por importe global de 13.880,97 € que confirmamos.

DÉCIMO. - Sobre la sección cuarta del recurso de AB VOLVO y el motivo tercero del recurso planteado por GRUAS JORDAN SL. Intereses.

La última de las cuestiones controvertida es la que se refiere al devengo de los intereses.

La demandante sostiene que procede la condena al pago desde la fecha en que operó la compra de cada uno de los camiones afectados, mientras que la demandada alega la infracción de los artículos 576 y 1108 del C. Civil, ya que la desestimación de la demanda en un 75% de lo solicitado no debe dar lugar a intereses desde demanda, invocando el principio "in illiquidis non fit mora" con mención de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2008.

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 a su devengo y el momento a partir del cual se generan, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2012 (ROJ: STS 5462/2012 - ECLI:ES:TS:2012:5462) 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."

Dicho esto, la Sala está vinculada por el deber de congruencia (artículo 218 de la LEC) y por el respeto a las normas procesales.

En el suplico (página 38) se pidió, en el apartado 1 (in fine) " los intereses que debidamente correspondan" y en el 2. " La Condena al pago de los intereses procesales desde la interposición de la presente demanda hasta el completo pago de lo declarado en Sentencia." 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). Sin embargo, en el apartado c) del fundamento jurídico Décimo de la demanda, la actora postula



los intereses desde la fecha de adquisición de los vehículos, con invocación de la Guía Práctica de la Comisión y cita de pronunciamientos en los que se apoya lo que se pide, integrando con ello el suplico de la demanda.

La resolución apelada, en el fundamento OCTAVO cita los artículos 1101 y 1108 del C. Civil y condena a la parte demandada al pago de los intereses legales desde la fecha de la interpelación judicial, sin mayor razonamiento.

En su recurso, la parte actora solicita los intereses desde la compra de los vehículos, lo que supone una ratificación de lo inicialmente pedido, que ahora debemos acoger con arreglo a la doctrina del TJUE y criterio del Tribunal Supremo que resulta de las resoluciones citadas.

Desestimamos, en consecuencia, el motivo de apelación planteado por AB Volvo y acogemos el formulado por Grúas Jordán S.L. y revocamos la resolución de instancia en su pronunciamiento, acordando lo solicitado por la actora.

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

11.1. 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.

11.2. Costas de la apelación.

La parcial estimación del recurso de la demandante implica la ausencia de pronunciamiento imperativo en costas - 398 de la LEC -, con restitución del importe del depósito para apelar.

La desestimación del recurso de apelación de la demandada determinaría, a priori, la respectiva imposición de las costas procesales con arreglo al artículo 398 de la LEC. Sin embargo, concurren razones para no hacer tal imposición, 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 en este proceso.

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

Vistos los preceptos legales, concordantes y demás de general y pertinente aplicación, y entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2018 (ROJ: STS 3087/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3087) en materia de presunciones.

FALLO

ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso formulado por Grúas Jordán contra la Sentencia del Juzgado Mercantil 2 de Valencia de 2 de abril de 2019, en el particular relativo al pronunciamiento sobre intereses condenando a la demandada a su abono desde las respectivas fechas de adquisición de los camiones, sin hacer pronunciamiento impositivo en costas de la alzada, y con restitución del importe del depósito constituido para apelar.

DESESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por la representación de AB VOLVO contra la mencionada sentencia, que confirmamos, sin hacer pronunciamiento impositivo respecto de las costas de la apelación, con pérdida del depósito constituido para apelar, por ella constituido.

Notifíquese esta resolución a las partes y, de conformidad con lo establecido en el art. 207.4 L.E.C, 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.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional y, conjuntamente, extraordinario por infracción procesal a interponer ante esta Sala en el plazo de veinte días desde que sea notificada, debiendo consignar la cantidad de 50 euros (por cada recurso que se interponga) para su admisión conforme a lo establecido en la Disposición Adicional 15 de la LOPJ, y, en su caso, la tasa prevista en la Ley 10/2012.

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 dictó, estando celebrando Audiencia Pública en el día de la fecha. Doy fe.