



Roj: **SAP Z 1428/2021 - ECLI:ES:APZ:2021:1428**

Id Cendoj: **50297370052021100640**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **5**

Fecha: **17/05/2021**

Nº de Recurso: **485/2021**

Nº de Resolución: **729/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP Z 1428/2021,**
AAAP Z 1121/2021

SENTENCIA núm 000729/2021

Presidente

D. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER

Magistrados

D. JUAN CARLOS FERNANDEZ LLORENTE

D. ALFONSO M^a MARTÍNEZ ARESO (Ponente)

En Zaragoza, a 17 de mayo del 2021

En nombre de S.M. el Rey,

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Quinta, de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA, los Autos de Procedimiento Ordinario (Materia Mercantil - 249.1.4) 0000322/2019 - 00, procedentes del JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE ZARAGOZA, a los que ha correspondido el Rollo **RECURSO DE APELACION (LEC) 0000485/2021**, en los que aparece como parte *apelante-apelado, demandantes* **D. Ezequiel , la SOCIEDAD COOPERATIVA DE TRANSPORTES y TELETRANSPORTE ARAGON SL** , representados por el Procurador de los tribunales, D. GREGORIO PORTELLA CHOLIZ, y asistidos por el Letrado D. JAIME CONCHEIRO FERNANDEZ; y como parte *IMPUGNANTE- apelada-demandada*, la empresa IVECO S.p.A. , representada por el Procurador de los tribunales D. FRANCISCO DE ASIS GARCIA MUGICA y asistido por el Letrado D. Juan Manuel de Castro Aragonés, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. ALFONSO M^a MARTÍNEZ ARESO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Se aceptan los de la **sentencia** apelada 15/2021 de fecha 28 de enero del 2021 , cuyo FALLO es del tenor literal:

"Que desestimando la demanda interpuesta por Ezequiel , SOCIEDAD COOPERATIVA DE TRANSPORTES 2003, SC y TELETRANSPORTE ARAGÓN, SL, representados por el procurador Sr. Portella Choliz contra IVECO SpA, representada por el procurador Sr. García Múgica, absuelvo a la parte demandada de los pedimentos efectuados en su contra.

Sin especial pronunciamiento en costas."

SEGUNDO. - Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación procesal de **D. Ezequiel , la SOCIEDAD COOPERATIVA DE TRANSPORTES y TELETRANSPORTE ARAGON** se interpuso contra la misma recurso de apelación.



Y dándose traslado a la parte contraria se opuso al recurso, y se IMPUGNÓ la sentencia. Dándose traslado de dicha impugnación, se opuso a la misma el apelante; remitiéndose las actuaciones a esta Sección Quinta de la Audiencia, previo emplazamiento de las partes.

TERCERO. - Recibidos los Autos; y una vez personadas las partes, se formó el correspondiente Rollo de Apelación con el número ya indicado.

Por la parte apelada **IVECO SpA**, se solicitó ampliación de prueba pericial, conforme lo expuesto en su escrito. Y Dándose traslado a la parte contraria, y tras presentar las alegaciones, se dictó AUTO en fecha 4 de mayo del 2021, por el que se acuerda no haber lugar a la ampliación de la prueba pericial solicitada por dicha parte.

No considerando necesaria la celebración de vista, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 11 de mayo de 2021

CUARTO. - En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la resolución recurrida en tanto no se opongan a los de la presente resolución y;

PRIMERO. - Objeto del recurso

Entablaron las actoras, adquirentes de varios vehículos a través de un concesionario independiente, la acción de reclamación de daños con fundamento en la infracción de las normas europeas sobre competencia - art. 101 TFUE, las del Derecho derivado y jurisprudencia interpretativa del mismo-. Tal pretensión está articulada a través de la reclamación de responsabilidad extracontractual ex art. 1902 del CC. La reclamación la funda en un dictamen pericial apoyado en la Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016 relativa a un procedimiento en virtud del art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del art. 53 del Acuerdo EEE (AT.39824 -Camiones) que impuso importantes multas a los principales fabricantes europeos, entre ellos a la demandada, por infringir las normas sobre competencia. Solicitan, como consecuencia de tal infracción, la condena a la devolución de una parte del importe del precio de los vehículos, precio que reputa excesivo y derivado de esta actuación contraria al libre mercado, concretamente reclaman un determinado porcentaje del valor de la transacción atendiendo al año de adquisición de cada vehículo, excluido el importe de los impuestos.

La demandada niega la existencia de tal conducta anticompetitiva, alega que la sanción fue impuesta por una infracción "de objeto", no "por efectos". Que la misma no tuvo influencia sobre la fijación de precios; que, en todo caso, la acción esta prescrita por haber sido ejercitada más allá del año desde la incoación del expediente, la fijación del pliego de cargos, o, todo lo más, desde la decisión del mismo que fue emitida en julio de 2016, siendo la demanda interpuesta en julio de 2019. De otra parte, mantiene que no se cumplen los requisitos del art. 1.902 del CC, que el dictamen aportada con la demanda no justifica los daños reclamados pues olvida cuestiones tan relevantes, como las características del mercado del camión, que la demandada lo califica como heterogéneo, altamente competitivo por ser productos en los que tiene gran importancia la tecnología, con gran poder negociador de los compradores que son profesionales del sector. Cuestiona también en su contestación la legitimación tanto activa como pasiva las partes y mantiene, finalmente, que el dictamen pericial de la actora no ha de ser aceptado pues no sigue una mecánica precisa y se apoya sobre la comparación con un mercado no cartelizado que no es homogéneo, así como que tiene abundantes incoherencias y datos no comprobados. También, mantiene hipotéticamente que el eventual sobreprecio abonado pudo ser repercutido a los clientes del actor.

La sentencia de la instancia desestimó íntegramente la demanda por estimar la acción prescrita.

Frente a tal decisión recurre por la vía del recurso de apelación la actora y funda su recurso en los siguientes extremos:

Inexistencia de prescripción de la acción ejercitada. El plazo de prescripción no puede comenzar a computar antes del día 6 de abril de 2017, fecha de publicación de la versión no confidencial de la Resolución de la Comisión Europea. Las cartas remitidas los días 5 y 6 de abril de 2018, así como la enviada en fecha 15 de marzo de 2019 (documentos 8, 9 y 9 bis de la demanda), contienen toda la información necesaria para considerar interrumpido el plazo de prescripción. Infracción del artículo 1973 CC, atendiendo a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que lo interpreta.

Ad Cautelam, en caso de estimarse el primer motivo de recurso, la Sala deberá entrar sobre el fondo y valorar la prueba aportada en autos. Estima la recurrente que el dictamen pericial aportado por la actora es válido y permite una correcta acreditación del daño producido. De otra parte, considera que "el informe



pericial aportado por la demandada no formula una hipótesis mejor fundada, ni constituye una verdadera contrapericial" y que presenta serias incorrecciones.

La parte demandada en su escrito de oposición al recurso reitera los argumentos de la instancia y formula impugnación sobre los siguientes extremos atinentes a la legitimación:

La parte demandante no ha acreditado su legitimación activa para reclamar por los camiones objeto de su demanda, en cuanto no consta acreditado su pago.

Falta de legitimación pasiva de IVECO S.p.A: la decisión no concluye que IVECO S.p.A: sea la responsable de determinar los precios brutos de los vehículos que IVECO España, sociedad no destinataria de la decisión, comercializa en territorio español; parte de los vehículos han sido fabricados y distribuidos en España por la filial española.

La actora interesa la íntegra desestimación de la impugnación a la sentencia formulada.

SEGUNDO. - Hechos acreditados

Conforme a la prueba practicada ha de darse como acreditado que:

En fecha 18 de enero de 2011 funcionarios de la Comisión Europea realizaron inspecciones sin previo aviso en los locales de los principales fabricantes de camiones europeos. El 20 de noviembre de 2014 la Comisión anunció que en tal fecha había informado a varios fabricantes de camiones medianos y pesados acerca de la sospecha de haber participado en un cártel en violación de las normas antimonopolio de la UE.

El 19 de julio de 2016, la Comisión Europea dictó una Decisión resolviendo el expediente. De la misma se dio traslado al público mediante Comunicado de prensa en el que extractaba la misma y daba cuenta de la imposición de multas a las marcas vendedoras de camiones por importe de dos mil novecientos veintiséis millones de euros por realizar una conducta anticompetitiva y contraria al art. 101 del TFUE.

Con arreglo a la Decisión la misma consistía en realizar entre los años 1997 y 2010 las siguientes conductas a tenor de la propia resolución:

(46) Todos los Destinatarios intercambiaron listas de precios brutos e información acerca de los mismos y la mayor parte de ellos (véase (48)) intercambiaron sistemas informatizados de configuración de camiones. Todos estos elementos constituyen información sensible a efectos comerciales. Con el tiempo, los citados sistemas de configuración que mostraban los precios brutos detallados de todos los modelos y opciones sustituyeron a las listas de precios brutos. Ello facilitaba el cálculo del precio bruto para cada una de las configuraciones posibles. El intercambio se produjo tanto de forma multilateral como bilateral.

(47) *En la mayor parte de los casos, la información relativa a los precios brutos de componentes de camiones no estaba disponible públicamente y aquella que sí se encontraba disponible carecía del grado de detalle y precisión de la información intercambiada entre los Destinatarios, entre otros. Mediante el intercambio de información relativa a precios brutos actuales y listas de precios brutos, combinada con otras informaciones procedentes del mercado, los Destinatarios estaban en disposición de calcular de forma más precisa los precios netos aproximados de sus competidores en cada momento, en función de la calidad de la información sobre mercados de que dispusieran.*

(48) *Del mismo modo, el intercambio de sistemas de configuración ayudaba a comparar las ofertas propias con las de los competidores, lo que incrementaba aún más la transparencia del mercado. En particular, los sistemas de configuración permitían dilucidar las opciones adicionales compatibles con cada camión y cuáles de ellas se incluían en el equipamiento de serie u opcional. Todos los Destinatarios, a excepción de DAF tenían acceso al sistema de configuración de al menos otro Destinatario. Algunos sistemas de configuración únicamente permitían el acceso a información técnica, por ejemplo, portales con información sobre carrocería, no incluyendo información en materia de precios.*

...

(50) *Las citadas prácticas colusorias incluyeron acuerdos y/o prácticas concertadas en materia de fijación de precios e incremento de precios brutos con el objetivo de alinear los precios brutos en toda el EEE y el calendario y repercusión de los costes de introducción de las tecnologías de emisiones exigidas por las normas EURO 3 a 6.*

Entre las sociedades sancionadas se encontraba la demandada **IVECO S.p.A.**

En fecha 6 de abril de 2017 esta Decisión en su versión no confidencial fue publicada en el Diario de la Unión Europea (DUE).



Los actores adquirieron los vehículos referidos por su matrícula y número de bastidor en las fechas y por el precio antes de impuestos indicado fijado en euros.

Ezequiel,

...RHW NUM000 30/10/2000 Compra directa 34.858,70

SOCIEDAD COOPERATIVA DE TRANSPORTES 2003 SC

...GNH NUM001 18/01/2006 Compra directa 76.629,04

...DNW NUM002 01/06/2007 Compra directa 66.000,00

TELETRANSPORTE ARAGON S.L.,

...HYW NUM003 26/09/2001 Leasing 70.679,02

Los vehículos fueron suministrados por los concesionarios independientes MOTORTRANS, S.A. y BEMASSY S.L. y respecto al adquirido mediante leasing su uso fue financiado mediante contrato de arrendamiento financiero con la entidad MADRID LEASING CORPORATION EFC S.A. Dicho contrato fue regularmente cumplido.

La conducta seguida por la demandada y el resto de fabricantes de camiones de alinear precios brutos y pactar la introducción de las tecnologías de emisiones influyó sobre el precio neto pagado por la actora y le ocasionó un perjuicio que puede fijarse en un porcentaje del valor antes de impuestos del camión adquirido y conforme al siguiente cuadro:

Año	Sobreprecio (%)	Año	Sobreprecio (%)
1996	0	2004	20,99
1997	3,42	2005	22,47
1998	6,72	2006	21,69
1999	9,91	2007	21,69
2000	14,77	2008	21,70
2001	16,37	2009	24,06
2002	17,94	2010	21,55
2003	19,48	2011	18,95

Existieron varias reclamaciones a la demandada, concretamente la de 5 de abril de 2018 -que fue rehusada por la demandada el 9 de abril- y la de 15 de marzo de 2019 - que fue entregada a la destinataria el 19 de marzo-. El 3 de mayo de 2019 se reiteró la reclamación que fue entregada el 8 de mayo del mismo año.

Con fecha 27 de junio de 2019 se interpuso a la presente demanda.

El supuesto resuelto guarda relación con la argumentación vertida en las sentencias de la Sala nº 378, 382 y 384, de 2021, todas de fecha 30 de marzo de 2021, y ha de llegarse en el presente a la misma conclusión.

TERCERO. - Derecho aplicable

Las sentencias de esta Sala 633/2020, de 14 de septiembre, y 684/2020, de 28 de septiembre han resuelto, a nuestro juicio, esta cuestión. En el mismo sentido, pueden citarse las 578/2020, de 27 de julio, y 522/2020, de 3 de julio, todas de esta Sala.

Decía la segunda de ellas que:

Como cuestión preliminar para la resolución de la reclamación ha de comenzarse, pues ambas partes suscitan la cuestión, por examinar el derecho aplicable a la reclamación.

Dos son las posibilidades que se ofrecen. De una parte, estimar que la Directiva de Daños y el RDL 9/2017, de 26 de mayo, resultan inertes para el examen de la cuestión debatida en cuanto la disposiciones de las mismas parecen fijar la irretroactividad como criterio determinante de su regulación -para las disposiciones de carácter



sustantivo, el art. 22 de la Directiva establece su irretroactividad, y para las disposiciones de carácter procesal, pese a permitirlo la Directiva en su art. 22.1, el RDL de transposición en su Disposición Transitoria Primera nº 2 expresamente lo niega. Una segunda postura consiste en estimar que, dado que la Directiva es anterior a la Decisión de la Comisión en la que se funda la presente acción de daños, es aplicable la misma o, por lo menos, ha de realizarse una interpretación de los preceptos internos vigentes a la fecha de tal Decisión de conformidad con los principios de la misma. Esta es la posición que parece es mantenida por la actora en su recurso, pues, dado que la Directiva de daños estaba transpuesta al tiempo de emisión de la Decisión que establecía la infracción de las normas sobre competencia, procedería, a su juicio, aplicar a la presente reclamación el Derecho interno, matizado por la interpretación conforme a la indicada Directiva, dada la transposición tardía realizada por el legislador español de la misma.

Es nuestra opinión, que, a la vista de las alegaciones de las partes, es la primera de las posibilidades la que ha de prosperar.

Esta ha sido, por otra parte, la postura unánime seguida por las audiencias provinciales que se han pronunciado sobre la cuestión (SAP de Valencia (Sección 9ª) nº 1679/2019, de 16 de diciembre, y las demás de la misma Sala que le siguieron, la SAP de Pontevedra (Sección 1ª) 108/2020, de 28 de febrero, y las que le siguieron y la SAP de Barcelona (Sección 15ª), 603/2020, de 17 de abril).

Son, a juicio de las mismas, argumentos cruciales para el rechazo de la aplicación de la Directiva a la acción ejercitada, los siguientes:

La resolución de la Comisión se dicta el 19 de julio de 2016, si bien no es objeto de publicación, más allá de un resumen de prensa, hasta el 6 de abril de 2017. La Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea fija un plazo de transposición máximo referido al 27 de diciembre de 2016. El Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores fue publicado en el BOE 27 de mayo de 2017 y entró en vigor al día siguiente de su publicación -Disposición final 5-.

En consecuencia, al tiempo de la Decisión, la Directiva había sido publicada, no así el RDL 9/2017, que se había promulgado fuera del plazo de transposición.

Sentado lo anterior, existen ya pronunciamientos muy relevantes en la jurisprudencia comunitaria que determinan la inaplicación de la Directiva a acciones como la presente; así la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 28 de marzo de 2019 -asunto C-637/17- resolvió en virtud de una cuestión prejudicial planteada que:

"por el contrario, del artículo 22, apartado 2, de la Directiva 2014/104 resulta que los Estados miembros disponían de la facultad discrecional para decidir, a la hora de transponer dicha Directiva, si las normas nacionales que transponían las disposiciones procesales de esta se aplicaban o no a las acciones por daños ejercitadas después del 26 de diciembre de 2014, pero antes de la fecha de transposición de la citada Directiva o, a más tardar antes de la expiración de su plazo de transposición.

29 Así, en caso de que los Estados miembros, ejerciendo esta facultad, decidan que las disposiciones de su ordenamiento jurídico que transponen las disposiciones procesales de la Directiva 2014/104 no son aplicables a los recursos por daños interpuestos antes de la fecha de entrada en vigor de estas disposiciones nacionales, los recursos interpuestos después del 26 de diciembre de 2014, pero antes de la fecha de expiración del plazo de transposición de esta Directiva, siguen estando regulados únicamente por las reglas procesales nacionales que ya estaban en vigor antes de la transposición de la citada Directiva.

Así, también en este caso, la norma de transposición establecía la irretroactividad de las normas procesales, por lo que tanto el derecho material como procesal aplicable era el anterior a la promulgación de ambas normas, la Directiva y el RDL que la transponía.

Por tanto, en contra de lo alegado por la recurrente en su demanda y en su recurso, no era aplicable al caso la interpretación conforme a la directiva.

¿Cuál era por tanto el Derecho aplicable al caso? Estima la Sala siguiendo los precedentes jurisprudenciales ya referidos que el mismo venía constituido, en primer lugar, por el Código Civil, art. 1902 del CC, y la doctrina y jurisprudencia nacional que lo desarrolla. A falta de una regulación comunitaria específica sobre el resarcimiento de daños y perjuicios en el Derecho de la competencia, la cuestión ha de resolverse aplicando las normas de Derecho interno (STS nº 651/2013, de 7 de noviembre), pero también lo que pudiéramos llamar el acervo comunitario, esto es, el Derecho de la Unión de aplicación directa y la jurisprudencia comunitaria que lo desarrolla especialmente por su influencia en la jurisprudencia nacional.



Así, no es discutible y numerosas resoluciones comunitarias y nacionales lo avalan que el ahora art. 101 del Tratado de la Unión Europea es directamente aplicable a toda relación jurídica; también estaba vigente a la fecha de la Decisión el Reglamento (CE) N° 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002. Este en su considerando 9º establecía que:

Los artículos 81 y 82 del Tratado tienen por objeto la protección de la competencia en el mercado. El presente Reglamento, que se adopta para aplicar esas disposiciones del Tratado, no impedirá que los Estados miembros apliquen en sus territorios la legislación nacional que proteja otros intereses legítimos, siempre que esa legislación sea compatible con los principios generales y las demás disposiciones del Derecho comunitario.

Por su parte el art. 16.1 del mismo establecía que:

Cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 u 82 del Tratado ya haya sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión.

En el mismo sentido, numerosas resoluciones del TJUE así lo han reconocido en SSTJ 20.9.2001, Courage, C-453/99, y 13.7.2006, Manfredi, C-295 y 298/04, entre otras, ...

Asimismo, la propia jurisprudencia española había entendido esta normativa y doctrina jurisprudencial como aplicable en la interpretación del art. 1.902 CC -En este sentido la STS 651/2013 -.

En consecuencia, el Derecho interno habrá de ser interpretado conforme al Derecho comunitario, singularmente con arreglo a los principios de equivalencia y efectividad establecidos por el mismo.

De otra parte, la innovación legislativa acaecida, Directiva y RDL, en modo alguno altera o modifica los principios que regulaban la fijación del daño -principio de pleno resarcimiento del daño, ...-, sino por el contrario, sedimentan normativamente los mismos y los refuerzan.

En consecuencia y por todo lo anterior, rechazamos, como postula la recurrente, la aplicación conforme a la Directiva propugnada y estimamos que el derecho aplicable al caso es el Derecho nacional examinado a la luz del Derecho comunitario extraídos de las normas citadas -eficacia directa del art. 101 del TFUE y Reglamento 1/2003) y de la aplicación de la norma española conforme a los principios extraídos de la jurisprudencia comunitaria -pleno resarcimiento de los daños ocasionados, de efectividad y de equivalencia-, que determinan como resultado que, en la aplicación del Derecho propio, no se llega a otras consecuencias distintas de las prevista por la norma comunitaria.

En definitiva, como establece la SAP de Valencia 1679/2019, de 16 de diciembre :

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.

En el mismo sentido, SAP de Pontevedra 213/2020, de 14 de mayo.

CUARTO. - Legitimación activa

Mantiene la recurrente que la actora no acreditó en el procedimiento de instancia haber adquirido los camiones objeto de la litis, pues no probó haber pagado las cuotas de los arrendamientos financieros y haber ejercitado la opción de compra en relación con todos los vehículos adquiridos en esta forma y que son objeto del presente procedimiento.

Respecto a las adquisiciones del uso del vehículo mediante leasing esta Sala en sentencia 684/2020, de 28 de septiembre, ha declarado que:

Estima la Sala que el arrendamiento financiero o leasing, por el que la arrendataria financiera se hace con el uso de la cosa arrendada a cambio del pago de una suma periódicamente, pudiendo opcionalmente al final del contrato hacer uso de la facultad de compra del mismo mediante un precio residual, es una de las formas usuales de proveer a los empresarios de bienes y servicios.

Que el arrendamiento financiero fuese el modo usual de adquirir la actora el uso de bienes de capital, ejercitara o no finalmente la cuota residual, no impide estimar que, de ser ciertos los hechos imputados, la actora no fuera una perjudicada por la conducta anticompetitiva, en cuanto hubo de financiar un bien de su empresa por un precio o valor de compra para el arrendador superior al que debía haberse fijado por el mercado y, consecuentemente



hubo de abonar superiores importes en concepto de renta, esto es, tanto de amortización, como de financiación del bien. Por ello, resulta claro su legitimación como perjudicado por la conducta anticompetitiva para reclamar el incremento de precio derivado de la actuación del cartel.

En el mismo sentido, SAP de Pontevedra (Sección 1ª) 213/2020, de 14 de mayo de 2020, para un supuesto en que la legitimación sí fue objeto de recurso. La sentencia de esta Sala 578/2020, de 27 de julio, en un supuesto en que no se cuestionaba la legitimación activa en sede de recurso también aceptó la existencia de un arrendamiento financiero como instrumento contractual para hacerse con el uso del vehículo como título de legitimación bastante para reclamar los daños derivados de la actuación anticompetitiva de la demandada.

En todo caso, el art. 10 LEC, en el Derecho interno, y la consecuencia derivada del art.101 del TFUE, según la cual todo perjudicado por una conducta de este tipo puede reclamar la íntegra indemnización del daño causado (STJUE 20 de septiembre de 2001, C-453/99, Courage y Crehan y 13 de julio de 2006, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, Manfredi y otros) en el Derecho comunitario, conducen a considerar sin género de duda a la actora como legitimada para reclamar el daño causado y que la misma lo cifra en el posible sobreprecio fijado para el camión a consecuencia de los acuerdos alcanzados entre las partes.

De otra parte, habiendo trascurrido más de 10 años desde la adquisición del uso del último de los camiones, sin reserva ni ejercicio de acciones por las vendedoras y las financiadoras y atendiendo a que las operaciones solían tener una duración de unos pocos años, los contratos se estiman regularmente cumplidos como se reitera en nuestra SAP de Zaragoza (Sección Quinta), 391/2019, de 14 de mayo, " lo ordinario, la normalidad, no precisa prueba - STS de Pleno de 25 de noviembre de 2015 - siendo la excepcionalidad la que necesita ser alegada y probada".

QUINTO. Falta de legitimación pasiva

Mantuvo la demandada en su contestación a la demanda y en su escrito de oposición al recurso que existe "falta de legitimación pasiva de IVECO SPA: la decisión no concluye que IVECO, SpA sea la responsable de determinar los precios brutos de los vehículos que IVECO ESPAÑA, sociedad no destinataria de la decisión, comercializa en territorio español".

Los argumentos de la recurrente son los siguientes:

Gran parte de los camiones objeto del procedimiento han sido fabricados y comercializados en España.

IVECO no tenía listas de precios brutos paneuropeas para todo el Espacio Económico Europeo (párrafos 28 y 46 de la Decisión).

Cada territorio (también, claro, España) establecía sus propios y singulares precios brutos.

Las sociedades destinatarias de la Decisión no eran responsables de los precios brutos de lista de IVECO aplicables en España. Por tanto, la Demandada no ve cómo dichos intercambios pudieron afectar a los precios brutos de lista de IVECO en España.

Al respecto ciertamente la Decisión de referencia establece en sus párrafos 28 y 46 que:

(28) *Con respecto a las listas de precios brutos iniciales de los nuevos camiones, todos los Destinatarios, excepto IVECO, aplicaron precios de lista brutos con precios de lista brutos armonizados en todo el EEE*". Renault introdujo las listas de precios para el EEE en 2000, pero su aplicación tardó un tiempo; Volvo tenía una lista de precios para el EEE desde enero de 2002; DAF, desde septiembre de 2002; MAN, desde 2004; y Daimler, desde 2006. Estas listas de precios brutos iniciales para el EEE fueron decididas por la Sede. Las listas de precios para el EEE contenían los precios de todos los modelos de camiones medios y pesados, así como todas las opciones de fábrica que ofrecía el respectivo fabricante".

...

3 DESCRIPCIÓN DE LA CONDUCTA

3.1 Más transparencia entre los Destinatarios

(46) *Todos los Destinatarios intercambiaron listas de precios brutos e información sobre los precios brutos, y la mayoría de ellos (véase (48)) participaron en el intercambio de con?guradores informáticos de camiones. Todos estos elementos constituían información comercialmente sensible. Con el tiempo, los con?guradores de camiones, que contenían los precios brutos detallados de todos los modelos y opciones, sustituyeron a las listas de precios brutos tradicionales. Esto facilitaba el cálculo del precio bruto de cada con?guración de camión posible. El intercambio tuvo lugar tanto a nivel multilateral como bilateral.*



De otra parte, la misma también hace constar en la nota 53 del párrafo 75 que "aunque Iveco no disponía de una lista de precios brutos aplicables al EEE para sus propios camiones, recibió las listas de precios brutos aplicables al EEE de los demás Destinatarios".

Asimismo, el párrafo 97 establece que:

(97) Las siguientes entidades jurídicas se consideran conjunta y solidariamente responsables de la infracción cometida por Iveco:

a) Iveco S.p.A., como participante directo, por su participación en la infracción desde el 17 de enero de 1997 hasta el 14 de noviembre de 2008 y, como sociedad matriz, por la conducta de su filial Iveco Magirus AG desde el 26 de junio de 2001 hasta el 18 de enero de 2011. Iveco S.p.A. reconoció que, como sociedad matriz, ejerció una influencia decisiva sobre su filial Iveco Magirus AG durante el período en cuestión.

Por tanto, la demandada lo que pretende es determinar su falta de legitimación del hecho de que no tenía listas de precios brutos paneuropeos, y si solo para cada estado miembro y que, dado que cada filial nacional fijaba los precios brutos en cada estado, no tiene relación con la actuación de la demandada. Además, a modo de refuerzo, alega que la mayor parte de los vehículos objeto de la reclamación fueron fabricados o vendidos en España. Debemos entender que se alega que lo fueron al margen de cualquier actuación de la matriz en la fijación de los precios brutos.

Estima la Sala que bastaría la alegación realizada por la actora en su escrito de oposición a la impugnación de sentencia para desestimar la pretensión instada.

Mantiene la actora que "la legitimación pasiva y la responsabilidad de la parte demandada viene determinada por su consideración como infractor en la Decisión, por el mero hecho de ser infractor, con independencia de la relación contractual directa haya tenido lugar con otros intervinientes en la cadena de distribución".

De otra parte, las recientes conclusiones de la Abogado general del TJUE en el asunto C-882/19 de fecha 15 de abril de 201 en un asunto en el que la Audiencia Provincial de Barcelona sometió al Tribunal europeo la cuestión de que si es posible en materia de la aplicación privada del Derecho de la competencia extender la responsabilidad de la filial a la matriz y siempre que preexista una situación de control de la primera sobre la segunda. Concluye el Abogado General que:

78. Sobre la base de todas las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que declare la inadmisibilidad de la cuarta cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona y que responda del siguiente modo a sus tres primeras cuestiones prejudiciales:

"El artículo 101 TFUE debe interpretarse en el sentido de que, en el marco de una acción de indemnización por daños y perjuicios como la que constituye el objeto del procedimiento principal, una sociedad puede ser considerada responsable de los daños derivados de una infracción de ese artículo por la cual la Comisión solo ha sancionado a su sociedad matriz, siempre que se demuestre, por un lado, que, a la luz de los vínculos económicos, organizativos y jurídicos entre esas sociedades, en la época en que se cometió la infracción, tales sociedades formaban una unidad económica y, por otro lado, que el comportamiento de la filial en el mercado afectado por el comportamiento ilícito de la matriz ha contribuido de forma sustancial a la realización del objetivo perseguido con ese comportamiento y a la materialización de los efectos de la infracción."

Tal fundamento se apoya en los siguientes razonamientos:

57. En otras palabras, en caso de responsabilidad ascendente, donde las filiales adoptan un comportamiento contrario a la competencia en el marco general del poder de influencia de la sociedad matriz, ese poder es suficiente tanto para identificar a una unidad económica como para fundamentar la responsabilidad conjunta de la sociedad matriz. En el caso contrario, el de la responsabilidad descendente, en el que es la sociedad matriz quien comete la infracción, la unidad de la actividad económica resultará -además de la influencia determinante ejercitada por la primera- del hecho de que la actividad de la filial sea de algún modo necesaria para llevar a cabo el comportamiento contrario a la competencia (por ejemplo, porque la filial vende los bienes que constituyen el objeto del cártel). (70) Dado que el concepto funcional de empresa como unidad económica concierne al modo concreto de actuar en el mercado de varias entidades jurídicas, sus límites exactos deben trazarse precisamente por referencia a las actividades económicas que esas entidades desarrollan y al papel que desempeñan en el seno del grupo de sociedades: por un lado, la influencia determinante que ejerce la sociedad matriz, por otro, la actividad de la filial o de las filiales que resulta objetivamente necesaria para concretar la práctica contraria a la competencia.

Por tanto, es posible incluso, a juicio del Abogado General, imputar a las filiales por actos de la matriz en las circunstancias reseñadas.



Sin embargo, nuestro objeto de examen no es la responsabilidad de la filial por actos de la matriz, sino algo mucho más simple: si en el presente caso, los actos de la filial, venta en España de camiones fabricados en España con listas de precios brutos nacionales, forma parte de la conducta imputada a la matriz en la Decisión.

Baste señalar tres cuestiones fácticas no negadas por la demandada:

La demandada es la matriz de la filial IVECO España.

La demandada conocía la lista de precios brutos de otros fabricantes.

Se imputa, aunque la demandada lo niegue, un sobreprecio a los camiones de la marca de la matriz vendidos en España por la filial.

Bástenos el concepto de empresa en Derecho comunitario para estimar la legitimación de la demandada. El mismo es un concepto funcional, el desarrollo de una actividad económica y, contextualmente en cada caso se fijan las entidades jurídicas que se hayan dentro del perímetro de la empresa así definida -Sentencia de 6 de marzo de 1974 (6/73 y 7/73, EU:C:1974:18), apartado 41. Otro modo de imputación que ha adquirido carta de naturaleza en el derecho comunitario es la denominada "influencia determinante de la matriz sobre la filial" (Sentencia de 25 de octubre de 1983 (107/82, EU:C:1983:293). Incluso en resoluciones recientes, sentencia de 12 de diciembre de 2018 (T-677-14 EU: T: 2018:910), parecen, en palabras del Abogado General, haber planteado la admisibilidad de una atribución de responsabilidad en sentido descendente a la luz del concepto de unidad económica

Sin embargo, en el presente caso no se discute la responsabilidad de la filial en un acto de competencia ilícita, sino, una mera cuestión fáctica, si la misma ejecutó acciones que coadyuvaron al perjuicio sufrido por los adquirentes de camiones aun de no existir propiamente listas de precios brutos que esta aplicara. La respuesta a la cuestión ha de ser afirmativa. El ámbito de la empresa, delimitado por el ámbito de la actividad, esto es, con carácter funcional, la no discutida relación de influencia determinante de la demandada sobre la filial española que comercializó los camiones; el conocimiento que la matriz tenía continuamente en el tiempo de precios de lista brutos de otros fabricantes y la dedicación de la filial a la actividad de distribución de camiones medianos y pesados en España como instrumento o brazo efectivo de la matriz en este mercado, unido, como veremos a la constatación pericial de un incremento de precios de los camiones vendidos en España durante el período de existencia del cartel, permiten concluir que la matriz demandada tiene legitimación pasiva en la presente causa y, si se acredita, debe responder del perjuicio sufrido por la parte actora a consecuencia de la comercialización de camiones en España de la marca de la demandada.

Por ello, el recurso entablado, por la vía de la impugnación de la sentencia, ha de ser desestimado en este extremo.

SEXTO. - Prescripción

Alegó la demandada y rechazó la resolución recurrida la existencia de prescripción por haberse ejercitado la acción más allá del año previsto en el derecho nacional (art. 1.968 del CC).

Ha de reiterarse la doctrina recaída en las previas resoluciones de esta Sala al efecto.

La demanda fue presentada en mayo de 2019 tras varias reclamaciones previas iniciadas en abril de 2018. En el presente recurso, ni siquiera se cuestiona que las reclamaciones extrajudiciales no tuvieran efecto interruptivo de la prescripción.

De entre los posibles *dies a quo*, la demandada considera como más adecuado que el término inicial es el día de publicación del resumen de prensa de la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016 en la que se sancionaba a diversas sociedades por infracción del art. 101 del TFUE. A juicio de la actora, el término inicial había de serlo el 6 de abril de 2017 fecha en la que se publicó en el DUE la decisión de la Comisión.

Estima la Sala, siguiendo los precedentes de otras audiencias anteriormente citados, que, tanto con arreglo a los principios comunitarios, como a la interpretación de los tribunales españoles de la institución de la prescripción, la excepción invocada ha de ser rechazada

En este sentido, la STJUE (Sala Tercera) de 13 de julio de 2006 -asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, Manfredi y otros-, estableció que:

Ante la inexistencia de una normativa comunitaria en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro determinar el plazo de prescripción de la acción de indemnización del perjuicio causado por un acuerdo o práctica prohibidos por el artículo 81 CE , siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad.



82 A este respecto, corresponde al órgano jurisdiccional nacional verificar si una norma nacional con arreglo a la cual el plazo de prescripción de la acción de indemnización del perjuicio causado por un acuerdo o una práctica prohibidos por el artículo 81 CE se computa a partir del día en que comienzan el acuerdo o la práctica prohibidos hace imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho a solicitar la reparación del perjuicio sufrido, en particular cuando dicha norma nacional establece también un plazo de prescripción breve y que no puede suspenderse.

Por tanto, pudiera inferirse de esta doctrina, que el dictado de una extensa y detallada resolución imponiendo fuertes sanciones a los principales fabricantes de camiones europeos, que fue objeto tan solo de una nota de prensa -que no era sino un resumen incompleto de aquella en general reflejada en la prensa, incluso en la especializada, con una mera reseña superficial y condensada del contenido de la resolución-, no fue medio apto para atribuirle la publicidad exigida a los efectos pretendidos. Esta Sala estima que tal nota no es ni apta, ni suficiente para permitir concluir que el principio de efectividad del derecho comunitario se ha aplicado. De otro parte, la jurisprudencia nacional considera en virtud de una doctrina inamovible a lo largo del tiempo que la prescripción no es una institución de estricta justicia, sino que su fundamento se halla en necesidades de seguridad jurídica y de presunción de abandono del ejercicio de los derechos y que, por tanto, su aplicación e interpretación ha de ser cautelosa y restrictiva (por todas la STS de 14 de marzo de 2007 y 6 de mayo de 2009) En aplicación de dicho principio, no es posible considerar que el término prescriptivo ha comenzado sino desde que el titular de la acción *conoció o pudo conocer sin género de duda todos los elementos fácticos y jurídicos que configuraban la misma*. En este sentido el TS en recientes sentencias - STS 326/2020, de 22 de junio; 279/2020, de 10 de junio; STS 340/2010, de 24 de mayo; STS 896/2011, de 12 de diciembre- ha declarado que " *el dies a quo [día inicial] para el ejercicio de la acción es aquel en que puede ejercitarse, según el principio "actio nondum nata non praescribitur" [la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir], que exige que la parte que propone el ejercicio de la acción disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar*".

Efectivamente, sólo desde la publicación en el DUA de la versión no confidencial -ni siquiera esta es íntegra-, de la decisión, dada la complejidad de las relaciones jurídicas allí tratadas, pudo la parte actora representarse la totalidad de los elementos fácticos y jurídicos afectados y, consecuentemente, reaccionar jurídicamente, en este caso, instando de uno de los causantes del daño la oportuna indemnización.

Téngase en cuenta que, incluso, una de las defensas de la demandada en el presente litigio es que la conducta sancionada no era sino de mera actividad, no era una conducta de efectos o de influencia directa sobre los precios, sino de mero intercambio de información entre los fabricantes, lo que impone, para el ejercicio de la acción de daños siempre, pero especialmente en supuestos como el presente en que se regulan conductas complejas mantenidas por los fabricantes o distribuidores a lo largo del tiempo, más de 13 años, un minucioso conocimiento de los elementos fácticos y jurídicos, que una mera nota de prensa no puede aportar.

En consecuencia, la excepción de prescripción ha de ser desestimada, pues entre la publicación de la Decisión y la demanda no trascurrió el plazo anual previsto en el art. 1.968 del CC.

SEPTIMO. - Requisitos del art. 1.902 del CC

Cuestiona la recurrente que la Decisión base de la reclamación relacione una conducta de colusión mediante acuerdo de elevación de precios, así como que la conducta reprimida haya ocasionado a la actora daños causalmente imputables a la misma.

Es característico de la acción de indemnización de daños extracontractuales en Derecho nacional la exigencia de una acción, calificada con el carácter de antijurídica, la resultancia o daño derivado de la misma y la existencia de una relación causal entre ambos elementos.

En el presente caso, no cabe duda que la Decisión de la Comisión de Julio de 2017 narra una acción antijurídica, un concierto de voluntades contrario al art. 101 del TFUE que determina la actuación de los poderes públicos comunitarios para la represión de la misma a través de importantes sanciones económicas. Describe una conducta -el intercambio de información sobre precios brutos y sobre información de configuraciones de los camiones- que en sí misma es contraria al Derecho de la competencia. Por tanto, en cuanto acción *follow on* o consecuencia de la acción declarada antijurídica por los poderes públicos, no puede cuestionarse en el presente litigio (art. 16.1 Reglamento 1/2003) que la misma, tal y como fue descrita por la resolución de la Comisión es una acción antijurídica y contraria al derecho de la competencia imputada a un conjunto de entidades que aparecen enumeradas en la misma y entre las que puede referenciarse a la demandada.

Sin embargo, invoca la demandada la falta de concurrencia del resto de los requisitos, la existencia de un daño y la causalidad entre la acción objeto de sanción y el mismo.



Incide en numerosas ocasiones la demandada en que la conducta objeto de examen y represión por las autoridades comunitarias fue tan solo el intercambio de información sobre precios brutos de los camiones y sus configuraciones.

Sin embargo, no es esta la opinión de la Sala y ello por lo siguiente:

Ni siquiera es conforme al tenor literal de la decisión que establece en varios de sus pasajes la influencia que la conducta anticompetitiva sancionada pudo tener sobre los precios, como son los apartados 46, 47, 49, 50, 51, 53, 71, 85 y 115 de la misma.

46. Todos los Destinatarios intercambiaron listas de precios brutos e información acerca de los mismos y la mayor parte de ellos (véase (48)) intercambiaron sistemas informatizados de configuración de camiones. Todos estos elementos constituyen información sensible a efectos comerciales. Con el tiempo, los citados sistemas de configuración que mostraban los precios brutos detallados de todos los modelos y opciones sustituyeron a las listas de precios brutos. Ello facilitaba el cálculo del precio bruto para cada una de las configuraciones posibles. El intercambio se produjo tanto de forma multilateral como bilateral.

47. En la mayor parte de los casos, la información relativa a los precios brutos de componentes de camiones no estaba disponible públicamente y aquella que sí se encontraba disponible carecía del grado de detalle y precisión de la información intercambiada entre los Destinatarios, entre otros. Mediante el intercambio de información relativa a precios brutos actuales y listas de precios brutos, combinada con otras informaciones procedentes del mercado, los Destinatarios estaban en disposición de calcular de forma más precisa los precios netos aproximados de sus competidores en cada momento, en función de la calidad de la información sobre mercados de que dispusieran.

49. Las prácticas colusorias cometidas por los Destinatarios en el periodo comprendido entre 1997 y 2010 adoptaron la forma de reuniones regulares...

50. Las citadas prácticas colusorias incluyeron acuerdos y/o prácticas concertadas en materia de fijación de precios e incremento de precios brutos con el objetivo de alinear los precios brutos en toda el EEE y el calendario y repercusión de los costes de introducción de las tecnologías de emisiones exigidas por las normas EURO 3 a 6.

51. ...En dichas reuniones, que tenían lugar varias veces al año, los participantes discutieron y, en ocasiones, acordaron los respectivos incrementos de los precios brutos...

53. ... Las partes implicadas discutieron acerca de cómo Francia contaba con los precios más reducidos y acordaron incrementar los precios en el citado país.

56. ...La información intercambiada relativa a incrementos futuros en los precios brutos podía referirse, bien únicamente a los modelos básicos de camiones, bien a los camiones y a las opciones disponibles (con frecuencia, esta última circunstancia se indicaba por separado en las tablas intercambiadas) y, por lo general, no se intercambiaba información relativa a precios netos ni incrementos de precios netos...

71. ...Las prácticas colusorias perseguían un solo objetivo económico anticompetitivo: la distorsión del sistema de fijación de precios independiente y de la evolución normal de los precios de los camiones en el EEE.

*85. En el caso que nos ocupa, y tomando en consideración la cuota de mercado de los Destinatarios en el EEE, cabe presumir que los efectos sobre el comercio son considerables. Asimismo, el ámbito geográfico de la infracción, que abarcó varios Estados miembros, y la naturaleza transfronteriza de los productos afectados demuestran que **los efectos sobre el comercio son significativos.***

115. Los acuerdos en materia de coordinación de precios como los descritos anteriormente se cuentan, por su propia naturaleza, entre los casos más graves de restricción de la competencia...

De otra parte, parece abrirse lugar en el Derecho comunitario la opinión de que la existencia del daño, tratándose del examen de conductas declaradas anticompetitivas, está en la propia naturaleza de las cosas, en cuanto a la finalidad del quebranto de la norma ha de ser la obtención de alguna ventaja con ello, bien un aumento de precios, bien un mayor nivel de ventas, bien cierta exclusividad con el reparto del mercado. La conducta por la que fueron sancionados el demandado y los demás partícipes en el cartel parece apuntar a un alineamiento al alza de los precios brutos, que *forzosamente* había de tener mayor o menor influencia -pero alguna había de tener, este hecho es indudable- sobre los precios netos de venta de los camiones.

La existencia de diversas publicaciones de carácter técnico refuerza esta opinión. Así, el denominado Informe Oxera (2009) -Quantifying Antitrust Damages, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2009- o el trabajo del Profesor Smuda -Cartel Overcharges and the Deterrent Effect of EU Competition Law-, afianzan con datos técnicos que los carteles en la inmensa mayoría de los supuestos -93% para Oxera- obtienen una influencia sobre los precios y es de media el 20,7% y el 18,36%, si se aplica la mediana, del importe del



producto -Smuda-. Los datos técnicos aportados por estos estudios convierten la sospecha en una verdadera *presumptio hominis* (art. 386 LEC). Por tanto, deberá ser el demandado, quien, por otra parte, en cuanto participe en el mercado y conocedor del mismo, tiene a su alcance los conocimientos y medios para deshacer dicha presunción, quien deba asumir tal carga de desvirtuarla. Ya la STS 713/2013 del Cartel del Azúcar mantuvo la vigencia del principio de facilidad probatoria en estos supuestos, que exigía una conducta dinámica y esclarecedora de lo acaecido en cada caso por parte de los demandados, más allá de la mera pasividad o simple negativa a las imputaciones de daño formuladas.

Por tanto, todos estos datos permiten concluir que, en el presente caso, se produjo una actuación culposa que determinó un daño en la actora, asumiendo un precio distinto y más alto que el que el mercado había de señalar.

Ello es conforme, como ya se ha manifestado con las resoluciones previas de esta Sala -SAP 633/2020, de 14 de septiembre, y 684/2020, de 28 de septiembre; 578/2020, de 27 de julio y 522/2020, de 3 de julio, entre otras-

OCTAVO. - Valoración del daño: criterios de valoración

Estima la Sala que este es el tema más espinoso de los que deben examinarse.

Acerca del mismo existen pronunciamientos previos para la resolución de otros litigios sobre competencia, concretamente en el denominado cartel de los sobres.

Para la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), los datos de los informes periciales son el material base para la estimación del tribunal; para la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) a la estimación judicial solo se puede llegar si los informes periciales suministrados por todas las partes no permiten llegar a hipótesis razonables o contrastables. Así, para la primera de ellas, SAP de Barcelona (Sección 15ª) en sus sentencias 51/2020; 45/2020 y 51/2020, todas de 10 de enero; 58/2020, 60/2020, 64/2020, 65/2020 y 66/2020, todas de 13 de enero, el objeto de la pericial es suministrar los datos al Tribunal para que este pueda realizar su propia estimación:

Las dificultades probatorias, que de alguna forma son connaturales o inherentes a la materia, no pueden determinar que la demanda pueda resultar sin más desestimada cuando se haya constatado la efectiva existencia de daños y el problema estribe en su cuantificación. Por esa razón, en último extremo se habilita al órgano jurisdiccional para que lo cuantifique por estimación, previsión normativa que no puede ser interpretada en términos que impliquen la supresión de toda exigencia de esfuerzo probatorio razonable a las partes. Si ese esfuerzo se ha realizado y persisten los problemas de cuantificación, está plenamente justificado que el órgano jurisdiccional fije la cuantía del daño por estimación.

61. En cualquier caso, esto es, tanto se utilice un método estimativo como otro distinto, en esencia el problema del enjuiciamiento es el mismo: se trata de probar meras hipótesis, de manera que en sustancia se tratará de hacer un juicio de inferencia lógico que ponga en relación los hechos ilícitos que se imputan a la parte demandada y la situación ideal (e imaginaria) en la que se encontraría la parte actora de no haber existido ese hecho. Ese juicio de inferencia se apoyará en máximas de la experiencia humana adquirida, es decir, en reglas del conocimiento humano que permitan justificar adecuadamente ese juicio de inferencia. Por tanto, lo razonable es pensar que no existirán medios de prueba directos sino indirectos, es decir, datos o indicios que permitan hacer ese juicio de inferencia a que nos hemos referido.

62. Lo expuesto nos permite hacer una última consideración sobre el papel de las periciales en este tipo de procesos. Las periciales de las partes, a través de las cuales pretenden cuantificar el daño, no pueden cumplir una función que vaya más allá de suministrar al órgano jurisdiccional esas "máximas de la experiencia humana adquirida" a través de las cuales poder hacer lo más adecuadamente posible ese juicio de inferencia lógica a que nos hemos referido. Pero no sustituyen el juicio del juez por el del perito, sino que persiguen algo más modesto, ayudar a conformar el criterio que se ha de formar el juez, y que constituye en estos casos la esencia de su juicio

Por su parte, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) mantiene en sus sentencias nº 64/2020 y 63/2020, ambas de 3 de febrero, la posibilidad de estimación, pero considera que es el perito y no el Tribunal el que ha de utilizar "un método razonable, de entre los varios propugnados por la ciencia económica y aceptados por los tribunales, formulando una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos", "a falta de otra alternativa que conduciría a una directa estimación judicial del daño sobre bases que no somos capaces de sostener con objetividad y consistencia y que, en todo caso, se antojan más endebles que las que resultan del informe pericial". El objeto de la misma es el mismo que la anterior, el denominado "cartel de los sobres".

En el concreto supuesto, la sentencia de la instancia había desestimado la demanda por no reputar apta la pericial de la actora para fundar una pericial. La Sala estima parcialmente la demanda y argumenta, en lo que aquí se examina, a la hora de fijar el daño que:



...el tribunal coincide sustancialmente con la valoración de la prueba pericial de la parte actora efectuada en la instancia precedente. Sin embargo, ello no debió conducir a la desestimación de la demanda sin analizar las pruebas periciales aportadas por las demandadas y, concretamente, de los informes presentados por ENVEL y ADVEO que sí efectúan una valoración alternativa del daño. En todo caso, acreditada la existencia de sobreprecio, como aquí mantenemos, debe fijarse la indemnización correspondiente aun cuando, en último término, fuera conforme a un criterio de estimación judicial, siempre que pudiera ofrecerse la necesaria justificación sin incurrir en la pura arbitrariedad...

El informe COMPASS -a instancia de uno de los demandados- sí permite aproximarnos a una valoración del daño sufrido por la demandante y, desde luego, es una alternativa mucho mejor fundada que la del informe ALFA y que la del informe DUFFF y, por supuesto, que la del informe FOREST, que ni siquiera hace una cuantificación alternativa del daño.

Parafraseando a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013, el informe COMPASS parte de bases correctas (la existencia del cártel que ha podido producir un incremento en los precios) y utiliza un método razonable, de entre los varios propugnados por la ciencia económica y aceptados por los tribunales, formulando una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos. El informe está debidamente fundado, alcanzando resultados razonables y asumibles por el tribunal a falta de otra alternativa que conduciría a una directa estimación judicial del daño sobre bases que no somos capaces de sostener con objetividad y consistencia y que, en todo caso, se antojan más endebles que las que resultan del informe pericial que ahora consideramos.

En todo caso, parece que los matices están en el papel del juez a la hora de estimar el daño, para la primera los datos suministrados por el perito han de ser valorados y estimados por el juez; para la segunda línea jurisprudencial, la estimación solo es un remedio a la falta de acreditación del daño mediante la pericial y con riesgo de subjetividad e inconsistencia de la opinión del tribunal.

Esta Sala, estima que ante la falta de una prueba clara, expresa y vinculante derivada de un dictamen pericial, que, como estableció la STS 651/2013, de 7 de noviembre, parta de "bases correctas (la existencia del cartel y la fijación concertada de precios por encima de los que hubieran resultado de la libre competencia) y utiliza un método razonable, de entre los varios propugnados por la ciencia económica y aceptados por los tribunales de otros países, para el cálculo de los daños causados a los demandantes", el tribunal ha de partir de una estimación del daño derivada, en primer lugar, de los datos suministrados por los peritos, cuya mayor preparación técnica les llevará a seleccionar los más relevantes y utilizando alguno de los métodos generalmente aceptados; en particular alguno de los consagrados por la Comisión y recogidos en 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(2013)". Pero, sean o no estos suficientes, serán los tribunales los que a la vista de las soluciones brindadas por el acervo comunitario y el Derecho nacional deberán dar una respuesta estimatoria del daño, pero alejada en todo caso de soluciones arbitrarias. Arbitrariedad que habrá de inferirse de la inexistencia de conexión alguna con la prueba, en su sentido más amplio, practicada en el proceso.

NOVENO- Valoración del daño en el caso concreto

En el presente supuesto se aportan dos dictámenes contradictorios en cuanto a sus conclusiones por las partes del pleito, ambos tratan de configurar lo que la doctrina jurisprudencial ha exigido para la estimación o desestimación de la demanda esto es "un método razonable, de entre los varios propugnados por la ciencia económica y aceptados por los tribunales, formulando una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos" (STS 651/2013, de 7 de noviembre).

Ambas partes proponen a la Sala complejas regresiones econométricas para, con la introducción de las variables adecuadas de cuál hubiera sido el escenario contrafactual en caso de ausencia de la infracción a la competencia sancionada.

Esta Sala no está en condiciones de refutar los cálculos matemáticos o el modelo de regresión de una y otra pericial, pero sí puede valorar, a la vista de las alegaciones y razonamientos de una y otra, la adecuación de los factores o variables contemplados en la elaboración y el peso de cada uno de los mismos en cada concreta conclusión.

De otra parte, ninguna de las partes ha reputado erróneas respecto las ejecutadas por la contraria lo que propiamente podríamos denominar operaciones de regresión econométrica de los dictámenes, lo que hubiera precisado de una pericial *ad hoc* de un experto en la ciencia matemática para mantener o refutar dicha afirmación.

Las partes se centran en la crítica de las variables y su consideración que se introducen en dichas regresiones o sistemas econométricos, así como su peso o influencia en los mismos.

Dictamen de la actora.

Aportó la actora un informe pericial -Informe Caballer/Herrerías y otros- en el que sigue un doble método, un método principal que es el determinante de la fijación del sobreprecio, consistente en la comparación entre los precios brutos durante el periodo de cartelización entre los camiones medios y pesados -mercado objeto de la decisión de la Comisión Europea en la que se funda la pretensión de la actora- con el mercado de los camiones ligeros -peso superior a 3,5 Tm e inferior a las 6 Tm-.

Son descritos por la pericial de la siguiente manera:

El método sincrónico temporal es "el método utilizado con carácter principal en la presente pericial para cuantificar los sobrecostos causados por los fabricantes a los compradores de camiones es el sincrónico comparativo. La comparación se ha hecho, en primer término, entre la evolución de los precios a lo largo de los 14 años del cártel de los camiones pesados y medios (mercado cartelizado) y la evolución de los precios de los camiones ligeros (mercado no cartelizado).

Los datos utilizados para la cuantificación del sobreprecio causado por los fabricantes de camiones con arreglo al modelo sincrónico de comparación entre los precios reales (cartelizados) y el primer escenario sin infracción (el mercado de los camiones ligeros) son los "precios lista" siguientes:

- Mercado cartelizado: Mercado real o factual de camiones medios y pesados.

Fuente: datos proporcionados anual y directamente por los fabricantes a la revista técnica de la CETM. Número de vehículos NUM004 (todos los precios figuran publicados).

- Mercado no cartelizado: Mercado analógico o contrafactual de camiones ligeros. Fuente: datos proporcionados anual y directamente por los fabricantes a la revista técnica de la CETM. Número de vehículos 569 (todos los precios figuran publicados). Ha de resaltarse que los 569 precios de la base de datos de los camiones ligeros son TODOS los existentes, publicados en la lista en todo el periodo del cártel, con precios y características cada uno diferentes".

Este método comparativo sincrónico temporal se articula con los datos sobre precios brutos aportados directamente por cada uno de los fabricantes a la revista "Transporte Profesional" durante todo el periodo de cartelización. Es una base de datos pública y de libre acceso. También compara dichos precios, con los precios brutos durante ese periodo fijados por la misma fuente para el mercado de furgonetas -vehículos de menos de 3,5 TM-.

Junto a este, emplea otro método de respaldo, el diacrónico temporal, pues, afirma el dictamen examinado, "se ha dispuesto de una base de datos completamente distinta a la utilizada en los métodos anteriores y que consta de información relativa a 5.396 compras individuales de camiones por parte de un número importante de transportistas españoles. A diferencia de los análisis anteriores, en este caso los datos relativos al precio se corresponden con los efectivamente pagados por el comprador. En otras palabras, este modelo se ha construido sobre la base de precios netos de compra (y no de precios de lista/brutos) consistente en comparar los precios netos de los camiones adquiridos por los transportistas durante el cartel y tras el mismo, método comparativo diacrónico, tomando como valores de referencia los precios netos obtenidos por la actora, datos (cerca de 5.500 observaciones), facilitados a los peritos de la actora por la CETM, Confederación Española de Transporte de Mercancías, correspondientes a sus empresas asociadas, de los años 1997 a 2015), esto es, tanto durante el cartel como después".

De ambos resulta, por separado, que la práctica sancionada por la Comisión ha determinado un incremento de los precios brutos del 16,35% en el método sincrónico y, conforme al método diacrónico, del 18,67 % de media.

Dictamen de la demandada.

Por su parte, la entidad COMPASS LEXECON, aporta un dictamen a autos que se mueve en una doble dirección, de una parte, hace una crítica del dictamen de la actora, concluyendo posee defectos -falta de rigor y uso de una metodología incorrecta- que le llevan a unas conclusiones erróneas y, de otra parte, propone su propio dictamen.

El mismo utiliza el método diacrónico de comparación temporal de los precios netos a concesionario durante parte de la vida del cartel (2005-2011) con un periodo posterior al mismo y atiende a una gama de factores más amplia que el del método diacrónico de la actora - el uso final del camión, características funcionales, Add-ons opcionales, costes de producción y condiciones de demanda- y realiza una división de las ventas de camiones de la marca IVECO atendiendo al concreto uso realizado -transporte de proximidad, transporte de

larga distancia y uso fuera de las vías- De todo ello concluye que la actividad ilícita objeto de sanción por la Comisión fue irrelevante para la evolución de los precios.

Critica de la demandada/recurrente al dictamen de la actora.

Paralelamente a tal conclusión, la recurrente realiza una crítica al dictamen de la actora.

A juicio de la recurrente, tal dictamen tiene los siguientes errores o defectos:

-Una estimación basada en precios brutos no permite establecer la existencia de un daño a la parte Demandante.

-El Modelo sincrónico estimado por la pericial de la parte Demandante es erróneo y no permite establecer la existencia de un impacto sobre los precios brutos de los camiones medios y pesados.

-El modelo diacrónico estimado por la pericial de la parte Demandante es erróneo y no permite establecer la existencia de un impacto sobre los precios netos de los camiones medios y pesados.

-El informe evalúa incorrectamente el posible traslado del sobrecoste por parte de concesionarios y compradores.

Una estimación basada en precios brutos no permite establecer la existencia de un daño a la parte Demandante.

Estima la Sala que tal objeción no se acepta, pues este Tribunal ha establecido en este y otros procedimientos similares y a la vista de la documentación aportada en ellos que el alineamiento de precios brutos ha de afectar necesariamente a los precios brutos, si bien ha de acreditarse en qué medida.

El Modelo sincrónico estimado por la pericial de la parte Demandante es erróneo y no permite establecer la existencia de un impacto sobre los precios brutos de los camiones medios y pesados.

No es esta la opinión de los peritos de la actora, y la misma ha de ser aceptada por la Sala, el mercado más homogéneo en este caso para comparar los productos, es otro camión o una furgoneta. Ciertamente son productos diferenciados, pero también lo es que la homogeneidad y similitud entre ellos, especialmente con los camiones ligeros, es clara. Mantiene el perito de la actora en sede de aclaraciones a su dictamen que en algunas clasificaciones de la UE - como la Directiva UE 2007/46, modificada por el Reglamento UE 678/2011, y antes recogida en las Directivas 70/156/CEE y 92/61/CEE. En ellas se recoge la Categoría N: "Camiones/Vehículos comerciales medios y pesados (MCV/HCV)" como los vehículos diseñados y fabricados para el transporte de mercancías cuya masa máxima oscile entre las 3,5 y las 12 tm. (N2); también el Reglamento General de Vehículos y otros- ambas categorías, camiones ligeros y medios, se incluyen en una clasificación más genérica de camiones ligeros.

Por mucho que su función, número de fabricantes y cuotas de mercado de los mismos, así como su precio sean diferentes en ambos mercados, es el producto más homogéneo y comparable con los productos cartelizados por la demandada y el resto de fabricantes. Esta homogeneidad también puede predicarse, aunque en menor medida, del mercado de las furgonetas.

Estiman los peritos de la actora que "las variables de potencia, MMA y marca predicen casi el 80% del precio tanto de los camiones cartelizados (pesados y medios a partir de 6 tm) como de los camiones medios no cartelizados (de 3,5 a 6 tm, que la revista Transporte Profesional llama -y el informe pericial de la actora también- camiones ligeros), lo cual supone un muy alto índice de analogía, o sea, un muy elevado coeficiente analógico".

Existe, conforme a la declaración del perito de la actora en el juicio, una de las variables denominada constante -"la parte de la variable dependiente que no se explica por las variables explicativas/independientes"-, variable que absorbe aquellas circunstancias o factores no valoradas separadamente, en la que incluye la marca.

De otra parte, mantiene la demandada en sede de recurso que tras la oportuna comprobación por los analistas "la media del sobrecoste imputable al cártel en el informe pericial que acompaña a la demanda para los 14 años del cártel es del 16,35%, mientras que si se hubiese incorporado la variable de marca a la regresión de los ligeros resulta un sobrecoste medio del 16,80%".

Considera también la recurrente que existen numerosas suposiciones injustificadas como la de que la diferencia de precio entre el mercado fáctico y el contrafáctico se solamente imputable a la actuación colusoria.

Estima que "debiera haber demostrado que la relación entre los precios de los camiones de medio y gran tonelaje y su potencia y peso es la misma que la existente entre los precios de los vehículos ligeros y su potencia y peso, en ausencia de la infracción".



Como ya se ha dicho anteriormente, esta Sala no está en condiciones de refutar los cálculos matemáticos o el modelo de regresión de una y otra pericial, pero sí puede valorar, a la vista de las alegaciones y razonamientos de una y otra, la adecuación de los factores contemplados en la elaboración y el peso de cada uno de los mismos, para concluir que ciertamente pueden existir algunos factores diferenciadores del mercado entre el de los camiones ligeros y los medios, pues si no fuese así sería el mismo.

Lo que no puede la parte recurrente pretender es que, empleando la actora un modelo que se estima adecuado por la "Guía Práctica para Cuantificar el Perjuicio en las Demandas por Daños y Perjuicios por Incumplimiento de los Artículos 101 o 102 del TFUE" de 2013 -los epígrafes 37 y 55 de la misma permiten la comparación con un mercado similar y establece como características para determinar su similitud el grado de competencia, el coste y las características de la demanda y los obstáculos de entrada-, se atienda a cualquier diferencia entre ambos mercados -similitud no es igualdad- para desacreditar la construcción de la actora. Parece que las circunstancias esenciales que determinan el precio en el presente caso son similares.

Llevada al extremo la exigencia de la recurrente, debería individualizarse el perjuicio producido para cada vehículo atendiendo a su marca y modelo, algo simplemente utópico en cuanto el acceso a los datos de los fabricantes y la comparabilidad de cada uno los modelos fabricados y distribuidos a lo largo de la vida del cartel, resulta simplemente imposible. La denominada realidad contrafactual no puede ser de ese grado de detalle, sino que basta que las conclusiones, incluso estadísticas, sobre el daño sean conformes con los requerimientos realizados -método técnico adecuado e hipótesis razonable-.

No obstante, algunas resoluciones han considerado que no existe la similitud exigida por la Guía de la CE. De esta opinión puede citarse la SAP de Pontevedra (Sección Primera) 513/2020, de 6 de octubre, citada expresamente por la recurrente. -fiabilidad de las bases de datos, diferencia de cuotas de mercado en camiones ligeros, posibles distintas exigencias de implantación tecnológica, posibles circuitos de comercialización no coincidentes, diversidad de modelos existentes en una y otra categoría. Otras resoluciones, SAP de Guipúzcoa nº 78/2021, de 15 de enero y, más recientemente y con matices, la SAP de Coruña (Sección Cuarta) nº 42/2021 de 8 de febrero, han aceptado las conclusiones del dictamen examinado en los asuntos por ellas resueltos.

En este supuesto, considera la sala que los datos tomados por la actora son fiables, numerosos, correcta y razonablemente discriminados antes de su inclusión en la base de datos -los que no reúnen todas las variables explicativas (1.414), los atinentes a Scania (781), los que pertenecían a marcas que no participaron en el cartel (222)- y si bien no se discriminan por marcas en el mercado de los camiones ligeros y furgonetas, lo cierto es que se compara, como ya se ha dicho un mercado muy similar, amén de la imposibilidad de que la comparación sea completa, marca y, conforme a lo razonado, modelo.

Cuestiona el dictamen igualmente, el peso de la variable marca, en cuanto se considera necesario la determinación de la marca para determinar el efecto de los precios brutos de cada una, pero no para la fijación del precio en el mercado de los vehículos ligeros.

Dicha objeción ha de ser aceptada, pues la propia actora mantiene que el reparto de cuotas y las marcas en el mercado de camiones ligeros y sobre todo de furgonetas es distinta, pero, para un cálculo general del daño, estima la Sala que puede ser considerado adecuado el método sincrónico seguido, pues si se produjo un aumento de precio imputable a la colusión con carácter general, en mayor o menor medida afectaría a todas las marcas y modelos de vehículos pesados y ligeros. En todo caso, mantiene la actora en su recurso que no contemplar el efecto de la marca en el mercado de los vehículos ligeros favorece a la demandada y su tesis en cuanto el incremento de precios es inferior.

También critica la SAP de Pontevedra que los precios brutos del mercado cartelizado no se refieren a todo el período del cártel; exclusión de la comparación de la evolución de los precios brutos en los dos primeros años de vigencia del cártel, y muy cuestionable la decisión de sostener la existencia de un sobreprecio en el año 1997; las variables utilizadas para el modelo de regresión de camiones medianos y pesados se reconocen diferentes de las utilizadas en los camiones ligeros.

Estima la Sala, a diferencia de la opinión del tribunal citado, que la exclusión del cálculo de los sobreprecios en el año 1997 es adecuada, siendo sustituida por la fijación del mismo por la extrapolación de los resultados obtenidos para 1998-2010 a partir de los coeficientes de regresión econométrica. Razona el perito que si se fijan los precios brutos -variable tomada en consideración, a finales de 1996- el efecto del cartel no se va a producir en el primer año, sino a partir del siguiente. Este razonamiento no sería válido si se emplease como dato fundamental los precios netos, pero la Sala lo admite para los precios brutos. De otra parte, la exclusión de los precios del año 2011, amén de no publicados, parece razonable estimar que pudieran estar influidos por la actuación colusoria previa de los fabricantes. De otra parte, la Guía práctica de la Comisión -epígrafes 40 y 43- parece que opta por la supresión de los datos de los periodos dudosos en los que no se sabe si la



infracción de la competencia actúa o no, como pudiera ser el caso, de los periodos referidos, en los que se usa un resultado obtenido por extrapolación de los demás datos para 1997 y no presentar datos para 2011.

No se explica, mantiene también la demandada, *por qué se compara el precio fáctico estimado en lugar de hacerlo con el real* de los camiones de medio y gran tonelaje.

El perito de la actora en su comparecencia en juicio dio la siguiente explicación que la Sala acepta, la conducta consiste en un alineamiento de precios brutos y, además, se cuenta con datos sobre precios brutos, tanto durante el periodo de cartelización como respecto al posterior, por tanto, es una comparación adecuada. Tal dato, podrá o no convencer a la Sala tras la valoración en conjunto de la prueba, pero lo estimamos coherente tanto con el problema que se trata de resolver como con las normas sobre la Guía práctica reseñadas.

-El Modelo diacrónico estimado por la pericial de la parte Demandante es sesgado y no permite establecer la existencia de un impacto sobre los precios netos de los camiones medios y pesados.

Son las principales objeciones de la actora las siguientes:

El modelo no está bien especificado. Valga un ejemplo "el coeficiente de la valorable que captura los costes de producción de los camiones es negativa". En el acto del juicio el perito aclaró que no es que los costes sean negativos, sino que la variable descrita -IPRI EU-28 se introduce como tasa de variación con un retardo-, no es propiamente un índice- y, mantiene también la actora, tampoco es significativa.

La muestra empleada en la estimación no tiene una composición homogénea de fabricantes, tanto durante como después del periodo de la infracción -no está bien balanceada-. Se achaca que no está debidamente representadas las marcas en las series de precios netos, tanto durante las diferentes etapas del cartel como en el periodo postcartel. Ciertamente es así, pero tal circunstancia, aunque pudiera afectar al resultado, que parece que lo hace, no tiene mayor relevancia por ser un modelo de respaldo o de comprobación.

Mantiene la recurrente que el informe evalúa incorrectamente el posible traslado del sobrecoste por parte de concesionarios y compradores. El informe de contrario no permite demostrar que exista un sobrecoste sobre los precios brutos de los camiones de IVECO comercializados en España.

De haber existido un sobrecoste, *quod non*, tendría que haber demostrado que dicho sobrecoste se ha trasladado a los precios netos que pagan los compradores de camiones.

Estima la Sala que ciertamente no puede concluirse que el método diacrónico sea un fiel reflejo de lo acaecido en el mercado, ni por la forma de toma de datos de los vehículos realizada privadamente por la actora, ni por la no existencia de un equilibrio entre marcas en cuanto a su número de observaciones, y la diferencia de componentes de una y otra marca en las muestras, que no parece responder a su cuota de mercado, y donde existen unas que tienen precios netos mayores que otras por su mayor prestigio en el mercado.

Si bien también existen otros datos, como veremos, que pudieran oscurecer el modelo alternativo de COMPASS LEXECON como es el hecho de que solo ha tomado en cuenta, amén de fijar los precios netos fijados para los concesionarios, la división por funciones estimada para los siguientes modelos -de carga de proximidad, de media y larga distancia y de misiones todo terreno o fuera de carretera-, así como los precios y las ventas a concesionarios, no la venta directa a grandes demandadores de vehículos, lo que también resta credibilidad a su dictamen, en cuanto los correctos factores de comparación eran los precios brutos a clientes finales antes y después del periodo del cartel.

También mantiene la recurrente que, "de acuerdo con el informe de la actora de, no parece posible que los concesionarios hayan absorbido el supuesto sobrecoste sobre los precios brutos porque (i) existe un alto grado de control por parte de los fabricantes sobre los concesionarios y (ii) porque el margen de los concesionarios es demasiado pequeño como para absorber el supuesto sobrecoste. Esto son meras especulaciones que no han sido acreditadas en el caso que nos ocupa.

La Sala considera que las explicaciones dadas por los peritos de la actora respecto a la situación de los concesionarios de las marcas como actores económicos y las derivadas del informe FACONAUTO permiten concluir, otra cosa no ha acreditado la demandada, que los concesionarios de las marcas no estaban, caso de un incremento de precios fijados por los fabricantes, en condiciones de asumir parte del incremento, en cuanto su modelo de negocio tiene en lo atiente a la venta y distribución de camiones, distinto de otros servicios que puedan prestar, financieros, técnicos, etc., un margen comercial estrecho que hace inasumible cualquier absorción relevante de un incremento de precios de transferencia o fijados por el fabricante al concesionario, sino que parece que todo él se repercutirá al demandado. Otra cosa no ha quedado acreditada, y sin que la demandada, que tiene numerosos datos sobre la red de concesionarios de su marca en España durante más de una década, haya establecido y acreditado otra conclusión, mas allá de consideraciones económicas de carácter general.



El análisis realizado respecto al supuesto traslado del sobrecoste estimado sobre los precios brutos a los precios netos es simplista, incompleto y sus conclusiones son meramente especulativas e incorrectas.

El modelo empleado podrá tacharse de incompleto, pero no es simplista y es corroborado en su origen por una presunción judicial dada como acreditada, el alineamiento de precios brutos supone en la conducta sancionada un alineamiento de precios netos. Los fundamentos jurídicos anteriores así lo razonan. Sobre esta base fáctica, la cuestión no es si se produce o no, sino su cuantificación. Esto es, si el modelo reúne las características que la jurisprudencia exige para ello, como se ha comenzado exponiendo en el presente fundamento.

Estima finalmente, en cuanto a la valoración de los dictámenes periciales que "el Juzgado a quo no dedica una sola línea en la Sentencia para valorar el informe pericial de Compas Lexecon".

Tal aseveración no es correcta, así mantiene la resolución recurrida al respecto que:

El perito afirma, sin justificación alguna, que es una circunstancia irrelevante dado que se ha comprobado a posteriori que los resultados son los mismos una vez que se tienen los datos. No se comparte semejante aseveración y la mejor prueba de la razonabilidad de la postura del Juzgador es que el propio perito de la demandada reconoce que ahora se están haciendo informes con todo el periodo.

Dice la sentencia "parte de un planteamiento contrario al resultado de la Decisión, de acuerdo con la interpretación antes reseñada, esto es, que no hay alineación de precios brutos. No es cierto, no era sino el objeto del mismo".

Ciertamente, la Sala no admite esta conclusión, sino que respalda la contraria.

Crítica al dictamen de la demandada.

El informe de la demandada tiene, al igual que el diacrónico de la actora, una tacha en origen, no aporta para comparar los periodos cartelizados y postcartelizados todos los datos, sino desde el 2005 en adelante.

Esta circunstancia es relevante, máxime atendiendo a la asimetría informativa existente. La actora ha utilizado para su método sincrónico los precios brutos seriados de una base pública, mientras que la demandada ha utilizado los precios netos de la cesión para su distribución a los concesionarios -base de datos privada y de acceso exclusivo para los peritos de la demandada-. Ello lleva a concluir que no puede ser valorado el dictamen de la demandada como un método fiable de cálculo o aproximación a un escenario contrafactual.

Pero este dictamen es también susceptible de crítica por otros motivos: Así, la demandada realiza una clasificación de los vehículos de su marca -distribución local, larga distancia, construcción- a los que le atribuye unas determinadas características. No consta que esta sea la única clasificación posible, ni la más correcta. No se le discute su racionalidad, solo que la misma sea la más idónea para ello y la única posible para estimar la evolución de los precios. Podía haberse utilizado, no corresponde a la Sala determinar la mayor o menor corrección de las distintas construcciones, otra clasificación de sus modelos, atendiendo al canal de distribución, por zonas de venta, lo que pudiera influir en alguna de las categorías como los vehículos de transporte de proximidad, ...

Además, de esta relación se excluye el canal mayorista -datos que sí conoce-, alegando que los reclamantes son siempre adquirentes a través de concesionarios oficiales y, finalmente, es objetable, que no se fije como valor de referencia los precios netos a consumidor final, fijando como precio de referencia el señalado al concesionario. No consta que la demandada desconociese el mismo, incluso atendiendo a los datos de la actora, que podían haber sido por ella contrastados, siquiera para los vehículos IVECO.

De igual manera, el dictamen aportado por la demandada, actúa más como contradictamen, que como método para la construcción de una realidad contrafactual alternativa, en cuanto se limita en la mayor parte de su contenido a la crítica del dictamen de la actora para ser un instrumento idóneo para explicar la realidad del mercado del camión y solo parcialmente través de un análisis diacrónico construido con datos propios, referidos a los precios netos a los concesionarios e incompletos en su serie temporal, elabora un método basado en los usos de los camiones y en el cálculo de los costes del fabricante, que concluye que no se produce alteración de precio alguna.

Incluso cuando manifestó usar el método sincrónico de la actora, de la actora para los camiones de su marca, IVECO, realiza alguna matización o cambio al mismo, así cuando aplica tales precios brutos según la nota a la figura 1 de su dictamen en el epígrafe 2.46 mantiene que "el precio bruto de cada camión ha sido aproximado al precio reflejado en la Muestra de la revista de CETM a partir del precio bruto (con extras) más bajo de todos los camiones del mismo modelo comercial vendido en cada año. La categoría "Camiones ligeros" incluye todos los vehículos comerciales con una MMA entre las 3,5 y las 6 toneladas. Se han excluido de los cálculos realizados en esta figura los vehículos comerciales ligeros con tracción a todos los ejes y los vehículos propulsados por



un motor de gas natural o eléctrico. Fuente: Elaboración propia a partir de información de IVECO". Por tanto, la discrepancia no parece se derive de la aplicación a la letra del modelo de la actora, sino bien pudiera ser de las modificaciones a la misma en precio y periodo temporal de los años 1997 y 2011.

Decisión de la Sala.

Por todas estas razones, partiendo de la asimetría informativa en la que se encuentran una y otra parte, y atendiendo al rigor exigible a quien más información y medios tiene -principio de facilidad y proximidad probatoria, art 217.7 de la LEC- estimamos que la demandada no ha cumplido su obligación de enervar la prueba del daño realizada por la actora.

Entre uno y otro dictamen, la Sala considera mejor fundado el de la actora, principalmente el modelo sincrónico temporal, con sus defectos e imperfecciones, que las tiene, especialmente en lo atiente a la diferenciación del factor marca, pero atendiendo a todas las circunstancias de la cuestión, y asumiendo que la construcción de un escenario contrafactual es de una enorme complejidad, máxime si se tratan de productos heterogéneos y de alta tecnología, parece razonable aceptar la aproximación a la realidad más fundada en la mayor racionalidad del dictamen y en la ciencia económica y acceder a la pretensión de la actora, atendiendo a que se estima es la que mejor se ha aproximado con su modelo a la realidad contrafactual.

Por tanto, podemos concluir que la realizada presentada por el método comparativo sincrónico de carácter temporal permite dar como acreditado que los precios brutos de los camiones medios subieron una media de 16,35 % durante el periodo del cartel, que puede ser reconducido a una media distinta durante cada año de duración del mismo. La cuestión se traslada a determinar si dicho incremento se trasladó íntegramente a los precios netos.

Esta Sala es de la opinión de que así fue, en cuanto con independencia de los descuentos que en cada caso pudieran realizar los concesionarios, lo cierto es que, partiendo de un precio bruto más elevado, el precio neto también podía y, dado el concierto, debía ser más alto, en especial atendiendo a que los concesionarios, según el informe de la actora, no tenía margen comercial para absorber los incrementos de precio que se realizaran.

Puede concluirse que el total incremento fue trasladado al precio real.

Aunque ciertamente, el método diacrónico de carácter temporal presentado por el actor no permite aseverarlo con total certeza, no se ha aportado por la demandada ninguna razón para que esta y las demás cartelistas no pudieran hacerlo y no lo hicieran efectivamente, por lo que el total precio calculado por el perito de la demandada ha de estimarse repercutido sobre el precio de los vehículos comprados cuyo sobreprecio se reclama.

Por tanto, el recurso de la demandada ha de ser desestimado en este extremo.

DECIMO. - *Passing on*

Finalmente, invoca la demandada que la actora adquirió su vehículo de un concesionario independiente, que pudo negociar su margen con él, incluso asumiendo este parte del incremento del precio, así como que pudo la actora repercutir el importe abonado en exceso como producto de la conducta anticompetitiva a sus clientes, o al enajenar el camión al nuevo comprador del mismo, se está invocando la doctrina del *passing on*.

A este respecto, ya el TS en la sentencia ya reiterada anteriormente, nº 651/2013, de 7 de noviembre, establece que la regulación de su prueba corresponde al derecho interno, que es aplicable el art. 217.3 de la LEC y que la falta de prueba del mismo perjudica a la demandada.

Por tanto, ninguna de las argumentaciones de la demandada, faltas de toda acreditación en el presente supuesto, pueden ser estimadas a éste respecto, y, por tanto, la acción ha de ser estimada en los términos indicados. Fuera de genéricas alegaciones, lo cierto es que no se ha practicado concreta prueba en la causa para acreditar la existencia del *pass on* alegado.

Igualmente, ha de aceptarse el razonamiento del juez a quo acerca de que "*la alegación de la repercusión aguas abajo solo tiene sentido si se reconoce el perjuicio y por lo tanto, la defensa se centra en acreditar que ese perjuicio se ha trasladado a terceros*". Negado vehemente el perjuicio, carece de sentido avanzar en una prueba de la repercusión del daño en la fabricación, distribución y uso del bien, esto es, en la cadena económica del mismo, prueba que, de otra parte, no se ha producido en el supuesto enjuiciado.

UNDECIMO. - Reducción fiscal

Plantea la demandada, finalmente, una alegación que, a su juicio, caso de fijarse alguna indemnización ha de reducirla.



Estima que "la parte Demandante no es consumidora final de los vehículos, sino que utilizó dichos vehículos para la realización de actividades profesionales y la prestación de servicios profesionales. Lo anterior significa que los vehículos son un activo empresarial que se utiliza para una actividad profesional. El coste de adquisición de dicho activo empresarial se amortiza por parte de la empresa en un período que, según la normativa aplicable, es como máximo de cinco a diez años. Por lo tanto, hay que considerar que la parte Demandante ya debería haber amortizado fiscalmente los vehículos adquiridos, en lo que respecta a la totalidad de su precio de adquisición. De esa forma, en sus declaraciones fiscales, la parte Demandante debería haber incluido el coste de adquisición de los vehículos como un gasto completamente deducible, lo cual producirá una reducción equivalente de su base imponible que tendrá como consecuencia que la parte Demandante habrá pagado menos impuestos (o habrán obtenido un crédito fiscal en caso de que la parte Demandante haya reportado haber tenido pérdidas en el ejercicio relevante).

Esta Sala aceptando la realidad de los razonamientos de la recurrente en abstracto considera que:

-Los aspectos fiscales del litigio no han sido objeto de concreta prueba en el caso litigioso, esto es, que el importe de los camiones hubiese sido deducido en su integridad como, al parecer, permite la legislación tributaria.

-No es esta una cuestión, esto es, si la actora realiza la oportuna deducción de gastos y si en la misma se incluyeron el importe de los camiones ahora objeto del litigio, que deba ser resuelta por esta Sala con tan poco bagaje probatorio con carácter prejudicial administrativo.

-Finalmente, como bien alega la actora, la eventual indemnización que pueda obtener la actora en este litigio también estará sujeta a tributación como un ingreso, y, por tanto, determinará también el abono en mayor o menor medida de cantidades a la Hacienda pública. Su saldo, a la vista de la falta de prueba de los concretos datos fiscales de la actora, que ni siquiera han sido requeridos por la demandada para emitir una opinión fundada de carácter pericial sobre la misma.

Todo lo anterior determina que el recurso haya de ser desestimado en este extremo.

DUODECIMO. - Intereses legales

Han de ser concedidos, a la vista de la doctrina emanada de la *Sentencia Manfredi (C-295/04 a C-298/04)* de 13 de julio de 2006-apartado 95-

La fijación de intereses legales es una exigencia del principio de efectividad y su concesión un elemento indispensable de la indemnización (*sentencia de 2 de agosto de 1993, Marshall (C- 271/91)*) -apartado 31-. En el mismo sentido parece imponerlos el apartado 20 de la Guía práctica 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 (2013).

También el TS en esta materia ha observado la imposición a la indemnización solicitada de los intereses legales conforme a la siguiente argumentación expresada en la STS 344/2012, de 8 de junio: "*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*".

Por tanto, estima la Sala que los intereses legales son inherentes a la corrección e indemnización del daño producido y deben computarse desde la fecha del efectivo perjuicio, esto es, desde el pago realizado. Dada la forma en que han sido solicitados, la cantidad reclamada inicial, en la que se ha computado el principal reclamado, importe del perjuicio, y los intereses legales desde la fecha de pago a la de la demanda, conforme al tenor literal del art 1.109 del CC - anatocismo legal- se capitalizarán y devengará la suma global reclamada el interés legal hasta sentencia y, desde la resolución en primera instancia el interés del art 576 LEC. Esta forma de reclamación responde a la exigencia de íntegra reparación del daño y, por ello, ha de ser estimada.

DECIMOTERCERO. - Importe del daño

A la hora de fijar el importe de la indemnización, finalmente, la demandada opuso en la instancia dos objeciones a las conclusiones de la actora.

Estas fueron las siguientes:

Importe del perjuicio sufrido.



Estima la demandada que el perjuicio, el incremento del precio derivado del cartel, no ha de ser calculado sobre el precio cartelizado, sino sobre el precio contrafactual o no cartelizado fijado por la pericial de la actora.

Estimó inicialmente esta Sala que:

*tal precisión es exacta. Efectivamente, el cálculo del sobreprecio realizado por la actora sobre el importe de la adquisición de los camiones no es conforme, por lo menos en cuanto a los adquiridos en propiedad, con el importe del perjuicio sufrido, que es el incremento del precio sufrido como consecuencia de la conducta del cartel, que lleva a aplicar los importe calculados por la actora, pero sobre el precio contrafactual fijado, esto es: (importe abonado por la actora * 1/ (1 + % del incremento del año).*

Sin embargo, tras el examen nuevamente del dictamen de la actora y las objeciones puestas por la demandada, lo cierto es que el mismo plasma en el denominado Cuadro 4 los porcentajes del incremento sobre el precio contrafactual derivados del cartel. La diferencia entre el precio factual y contrafactual ciertamente es un porcentaje. Este puede fijarse con referencia al precio cartelizado o respecto al contrafactual o no cartelizado. El mismo será evidentemente diferente, mayor si se fija con referencia al precio contrafactual que si la referencia es el precio factual.

La actora, en su modelo sincrónico parecía fijaba el precio atendiendo a la diferencia o distancia entre las curvas de la variación del precio de los camiones medios y pesados a lo largo de la duración del cartel - línea azul- y la variación fijada por dicho método y tras la oportuna regresión, sometiendo a los vehículos medios y pesados a la evolución de precios observada para los ligeros -línea roja-. No resultaba, estimamos, suficientemente explicado si el porcentaje se calculaba sobre el precio cartelizado o no cartelizado. Frente a la objeción de la demandada en su dictamen, simplemente la demandada afirmaba que así lo hacía, el porcentaje era sobre el precio cartelizado.

El precio cartelizado multiplicado por el porcentaje de sobreprecio es la diferencia entre el importe del precio cartelizado menos el importe del precio no cartelizado.

Más adelante, bien en otros procedimientos o en escritos de aclaración al efecto, la actora dio otras razones que la Sala ahora acoge.

Estas son las siguientes:

La sección segunda del Informe Oxera 2009 al señalar que es conveniente expresar el sobreprecio como un porcentaje del precio real del cártel, ya que esto facilita (y hace más intuitivo) el cálculo del importe total del sobrecoste aplicando el porcentaje a la cantidad que el comprador del cártel pagó realmente por sus compras.

Efectivamente, establece dicho informe que:

Pág. 14 "El perjuicio del sobrecoste del cártel El sobreprecio, A, es la cantidad de ventas unitarias reales del cártel multiplicada por la diferencia entre el precio real del cártel y el precio contrafactual (es decir, el precio que se habría cobrado en ausencia del cártel). Es conveniente expresar el sobreprecio A como un porcentaje del precio real o de los ingresos del cártel. Por ejemplo, si el precio del cártel es de 125 euros y el precio contrafactual es de 100 euros, el sobrecoste sería del 20% (25 euros es el 20% de 125 euros).

El sobrecoste se expresa a veces como un porcentaje del precio contrafactual (en este caso, el 25%). Esto es igualmente válido, pero es importante tener claro qué base para el cálculo del porcentaje se utiliza, y en este informe se prefiere el primer enfoque.

Expresar el sobrecoste como un porcentaje del de los precios reales hace que sea fácil (e intuitivo) calcular el importe total del sobrecoste aplicando el porcentaje al importe que el comprador pagó realmente por sus compras. En ejemplo, si el cártel vendió 1 millón de unidades a un precio de 125 euros, el sobrecoste total sería de 25 millones de euros. Si un demandante concreto presentara una demanda por daños y perjuicios con éxito, y pudiera demostrar que su total de compras al cártel ascendió a, digamos, 15 millones de euros durante el periodo pertinente, la cantidad que se le cobró de más es el 20% de los 15 millones de euros, es decir, 3 millones de euros."

De igual forma, también parece que así lo indica la Guía Práctica de la Comisión, en su pie de página 119, al establecer, aunque con menos claridad que la que la actora invoca en sus escritos, que:

119 Estudio "Quantifying antitrust damages", página 91 (ref. en la nota a pie de página 133). La magnitud se expresa como porcentaje del precio real. Esto significa que si el precio real (entendiendo por tal el precio pagado influido por la infracción) es de 100 EUR y el coste excesivo se considera del 10 %, el precio sin la infracción se considera de 90 EUR.



Por tanto, considera la Sala que la actora ha aclarado la forma de presentación del porcentaje de su sobreprecio, que se adecua a las recomendaciones de los informes de expertos del sector y que, por tanto, la cantidad fijada como importe del daño en supuestos como este, de compra directa, ha de ser estimada en su integridad, con estimación del recurso en este extremo.

Respecto a las adquisiciones mediante leasing, dado que se interesa exclusivamente el correspondiente porcentaje del precio pagado por la financiadora a su compra, habrá de aplicarse las reglas señaladas para la adquisición en propiedad. En cuanto no se reclama el perjuicio financiero que el sobreprecio le ocasionó al determinar una financiación más elevada, la sala no debe pronunciarse sobre dicha cuestión.

La fecha de cómputo de los intereses legales en las cuotas de los contratos de leasing.

Cuestiona la recurrente que se soliciten los intereses desde la compra, cuando la satisfacción del importe por el uso del camión se realizaba al vencimiento de las respectivas cuotas del arrendamiento financiero.

Conforme a esto, los intereses legales se devengarán desde el vencimiento de cada concreta cuota y por el importe de la misma, sin que puedan rebasar su suma total la cantidad reclamada con carácter global por todos los conceptos.

En todo caso, a la vista de la forma en que la actora ha solicitado los mismos, esto es, sobre coste calculado más sus intereses legales desde el pago hasta la demanda y, desde esta fecha, tanto el principal como sus intereses legales devengan intereses legales, ha de ser aceptada tal petición, si bien las fechas iniciales de cálculo de intereses legales en cada caso deberán ser desde las del pago de cada una de las concretas cuotas hasta la demanda, y, desde esta fecha, con sus intereses legales de la suma resultante hasta su pago.

Por último, a la vista de la petición de la parte y, de conformidad con el principio dispositivo, esta Sala quiere hacer una última aclaración. La actora solo reclamada el sobreprecio del camión, no reclama cantidad alguna por el sobre coste que la financiación del mismo le pudiera haber ocasionado. De ahí que, la cantidad de la cuota por la que ha de devengar intereses desde su concreto pago, no es la total de ella, sino únicamente la correspondiente a la amortización del precio de camión, sin extenderse a las cantidades destinadas a la financiación o pago de intereses por las cantidades del principal aplazadas.

Por ello, desde cada pago realizado y solo por el importe de la cuota arrendaticia destinado a la amortización del precio del camión se devengarán intereses legales. Su importe se fijará en la ejecución de sentencia con el límite de la cantidad reclamada en la demanda.

Solo en este último extremo, ha de ser parcialmente rechazada la demanda.

DECIMOCUARTO. - Costas procesales

Pese a la estimación de la demanda, las dudas de hecho que la cuestión plantea en cuanto a la fijación del importe del perjuicio sufrido, lo que ha llevado en el presente caso a resoluciones contradictorias en las instancias, imponen que no se impongan las costas del litigio a ninguna de las partes, ni en la instancia, ni en sede de apelación.

VISTOS los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación.

FALLO

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por **D. Ezequiel, SOCIEDAD COOPERATIVA DE TRANSPORTES 2003 SC y TELETRANSPORTE ARAGON S.L.** y desestimamos la impugnación de la sentencia formulada por **IVECO S.p.A.** contra la sentencia de fecha 28 de enero de 2021 dictada por el Juzgado de lo Mercantil N° 2 de Zaragoza que revocamos en el sentido de declarar responsable de los daños y perjuicios producidos a la actora por **IVECO S.p.A.**, condenando a la misma a pagar, en concepto de condena de daños y perjuicios, la cantidad que se fije en ejecución de sentencia con las precisiones del Fundamento Decimotercero de esta resolución y que no podrá rebasar la suma de 74.912,48 euros, correspondiente al importe pagado en exceso por la adquisición de los vehículos camión objeto del procedimiento y los intereses legales de la suma resultante desde la fecha de pago hasta la demanda. Dichas cantidades devengarán desde esa fecha hasta su devolución el interés legal y desde la fecha de esta sentencia el del art. 576 de la LEC, sin especial declaración de las costas del pleito, ni en la instancia ni en la apelación.

Dese al depósito el destino legal.

Cabe casación en infracción procesal.



Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de este documento a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en este documento no podrán ser cedidos ni comunicados a terceros. Se le apercibe en este acto que podría incurrir en responsabilidad penal, civil o administrativa.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ