



Roj: **SAP V 292/2020 - ECLI:ES:APV:2020:292**

Id Cendoj: **46250370092020100109**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **9**

Fecha: **23/01/2020**

Nº de Recurso: **1147/2019**

Nº de Resolución: **80/2020**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **PURIFICACION MARTORELL ZULUETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

ROLLO NÚM. 001147/2019

M J

SENTENCIA NÚM.: 80/2020

Ilustrísimos Sres.:

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

En Valencia a veintitrés de enero de dos mil veinte.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DOÑA PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA**, el presente rollo de apelación número 001147/2019, dimanante de los autos de Juicio Ordinario [ORD] - 000309/2018, promovidos ante el JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 3 DE VALENCIA, entre partes, de una, como apelante a LLACER Y NAVARRO SL, representado por el Procurador de los Tribunales don/ña FRANCISCO JOSE GARCIA ALBERT, y de otra, como apelados a AB VOLVO y RENAULT TRUCKS SAS representado por el Procurador de los Tribunales don/ña CARMEN INIESTA SABATER y CARMEN INIESTA SABATER, en virtud del recurso de apelación interpuesto por LLACER Y NAVARRO SL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado del JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 3 DE VALENCIA en fecha 13 de marzo de 2019, contiene el siguiente FALLO: "PRIMERO.- La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado del JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 3 DE VALENCIA en fecha 13 de marzo de 2019, contiene el siguiente FALLO: "Estimo parcialmente la demanda formulada por Llácer y Navarro S.L. contra AB Volvo y Renault Truck SAS y, a su razón, condeno solidariamente a estas a abonar al demandante una compensación consistente en el 5% del precio de adquisición de los ciento ocho vehículos que se relacionan en el escrito de demanda, cuanta incrementada en lo que resulte de aplicar los intereses previstos en el art. 1108 CC liquidados desde la fecha de interposición de la demanda según pettum del actor o, en su caso, según resulte de la aplicación de los intereses previstos en el art. 576 LEC.

Sin condena en costas."

La Sentencia, posteriormente fue aclarada mediante auto de fecha 4 de abril de 2019 cuya parte dispositiva fue del siguiente tenor literal: Integro el fallo de la Sentencia de 13/3/19, que queda redactado así:

"Estimo parcialmente la demanda formulada por Llácer y Navarro S.L. contra AB Volvo y Renault Truck SAS y, a su razón, condeno solidariamente a estas a abonar al demandante una compensación consistente en el 5% del precio de adquisición de los ciento ocho vehículos que se relacionan en el escrito de demanda, cuanta incrementada en lo que resulte de aplicar los intereses previstos en el art. 1108 CC liquidados desde la fecha de



adquisición de cada uno de los citados vehículos o, en su caso, según resulte de la aplicación de los intereses previstos en el art. 576 LEC".

Sin condena en costas"

SEGUNDO.- Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por LLACER Y NAVARRO SL, dándose el trámite previsto en la Ley y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, tramitándose la alzada con el resultado que consta en las actuaciones.

TERCERO.- Se han observado las prescripciones legales con excepción de las relativas al plazo para dictar Sentencia por el volumen de trabajo que pesa sobre la Sección 9ª de la Audiencia de Valencia y por la propia complejidad del asunto.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. - Resumen de la sentencia apelada.

La Sentencia del Juzgado Mercantil 3 de Valencia de 13 de marzo de 2019 estima parcialmente la demanda interpuesta por la entidad LLÁCER Y NAVARRO SL contra las entidades AB VOLVO y RENAULT TRUCKS SAS, en ejercicio de la acción de reclamación por daños derivados de la infracción de las normas de la competencia en el marco del denominado cártel de los fabricantes de camiones, y condena a las demandadas al abono a la entidad demandante de una compensación consistente en el 5% del precio de adquisición de los 108 vehículos relacionados en el escrito de demanda, más los intereses del artículo 1108 del C. Civil desde la fecha de interposición de la demanda según petitum del actor, y sin condena en costas.

Seguidamente, recayó Auto de 18 de abril de 2019 por el que se corrige el error padecido en la resolución precedente, en lo que concierne al devengo de los intereses, que se fija desde la fecha de adquisición de cada uno de los vehículos citados, o en su caso, según resulte de la aplicación de los intereses previstos en el artículo 576 de la LEC.

El magistrado "a quo" - tras describir en los antecedentes de hecho las respectivas posiciones de las partes, declara, como hechos probados: 1) La constatación y sanción por la Comisión Europea de conductas anticompetitivas - que transcribe en inglés - resultantes de la Decisión de 19 de julio de 2016, con la publicación de una nota de prensa el 19 de julio del mismo año en la que anunciaba la imposición de una multa a los fabricantes europeos de camiones por haber incurrido en la práctica cartelizada descrita en la Decisión. La versión no confidencial se publicó el 6 de abril de 2017. 2) Llácer y Navarro adquirió dentro del período comprendido entre 1997 y 2011, 108 vehículos marca Renault (identificados en el escrito de demanda), 3) Dicha entidad sufrió daños por importe del 5% de los camiones adquiridos, sin considerar los impuestos abonados por tal concepto. 4) La entidad actora procedió a la reventa de la totalidad de los camiones indicados, siendo éstos adquiridos por SCANIA HISPANIA SA y Renault Trucks España SL.

Y sustenta su decisión en los argumentos que relacionamos, seguidamente, a modo de mera síntesis:

1) *Régimen aplicable a la solución del caso:* artículo 1902 del C. Civil en su interpretación conforme con las disposiciones sustantivas de la Directiva de Daños considerado según las aportaciones de la jurisprudencia comunitaria y nacional a propósito de la aplicación privada del derecho de la competencia en cuanto no resulten incompatibles con esa interpretación conforme, lo que no sucede, por la homogeneidad de la regulación sobre la cuestión antes y después de la irrupción de la Directiva.

2) *Responsabilidad solidaria de Renault y Volvo:* no se ha opuesto resistencia respecto a la eventual solidaridad de la responsabilidad que pudiera apreciarse, con la consecuencia de aceptar la existencia de vínculos de responsabilidad propia ex art 11.1 de la Directiva de Daños entre las demandadas como destinataria de la Decisión y pertenecientes a un mismo grupo empresarial infractor.

3) El Fundamento Jurídico Cuarto tiene por objeto el *contenido de la Decisión y su significación en el proceso.* El magistrado concluye - tras transcribir contenidos y analizarlos - que la adquisición de los camiones por la demandante estuvo afectada por un cártel que fijaba precios, por lo que, con invocación de la regla ex re ipsa, afirma que la actora sufrió daños a resultas de esa conducta, y que es a las demandadas a quien incumbe acreditar que tales daños no se produjeron. Corresponde a la demandante la cuantificación del daño de manera hipotética pero razonable y estima la concurrencia de un escenario de dificultad probatoria como antesala del esfuerzo realizado por cada una de las litigantes.

4) El Fundamento Jurídico Quinto se destina a la *valoración de los dictámenes periciales aportados al proceso,* emitidos respectivamente por el Sr. Roberto y la entidad KPMG. Del análisis crítico y conjunto de los informes obrantes en el proceso concluye: 1) en la existencia de un escenario de dificultad probatoria, 2) en la inhabilidad



de la metodología del informe emitido por el Sr. Roberto para provocar la convicción judicial, respecto del que se aprecia, no obstante y en el escenario indicado, el valor de intento de cuantificación del daño soportado por la demandante, 3) el incumplimiento por las demandadas de la carga de acreditar la ausencia de daño consecuencia del cártel, y en el punto de partida distorsionado de ser la infracción constatada por la Comisión de las que no genera daños (por mor de la distancia entre los precios brutos y los precios netos en el mercado de camiones), así como por la carencia de soporte documental adecuado para sustentar sus conclusiones. Tampoco estima la conclusión de ausencia de daño por el traslado en su integridad a los clientes de la propia parte actora.

5) Consecuencia de lo anterior, es la *estimación judicial de los daños* sufridos por la entidad demandante, que, con amparo en las recomendaciones de la Comisión y con cita del informe Oxera (Fundamento Sexto de la Sentencia) le permite fijar en un 5% el porcentaje de sobreprecio, al que añade- con arreglo a las normas nacionales - el interés legal computado desde el momento de la interposición de la demanda, que fue lo postulado por la actora.

6) Se excluye, finalmente, *la defensa del passing on* porque: a) Scania y Renault no pueden considerarse terceros a los efectos de la articulación de la defensa; b) no considera acto de repetición la práctica común del mercado consistente en la previsión de renovación de los camiones adquiridos tras un plazo de amortización pactado en el momento de la venta, c) la reventa no implica, per se, acto de transmisión del sobrecoste inicialmente sufrido por el comprador directo.

7) Y no hace pronunciamiento impositivo sobre las costas de la instancia.

Por Auto de 18 de abril de 2019, como consecuencia de la petición de aclaración de sentencia postulada por la actora - el magistrado "a quo" salvó como error material el pronunciamiento dictado en relación al devengo de intereses, para fijar el día inicial del cómputo "desde la fecha de adquisición de cada uno de los citados vehículos o, en su caso, según resulte de la aplicación de los intereses previstos en el artículo 576 LEC." (Folio 259 vuelto, del quinto tomo).

SEGUNDO. - Recurso de apelación promovido por la representación de AB VOLVO y RENAULT TRUXCKS SAS.

Las entidades demandadas desarrollan - a lo largo de las 133 páginas que integran su recurso -, los siguientes motivos de apelación:

2.1 Motivos de apelación de orden procesal:

1. Infracción del principio dispositivo y de rogación: incongruencia extra petita. Infracción de los artículos 216 y 218 de la LEC y 24 de la CE.

2. Infracción de las normas que regulan la motivación de la sentencia (24 CE) en materia de presunciones y por trato desigual a las partes, con infracción de los artículos 9.3 (prohibición de arbitrariedad) y 14 CE (prohibición de desigualdad).

3. Infracción de las normas de valoración de la prueba pericial en el caso de la pericial aportada por la parte demandada.

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

1. Infracción legal por aplicación indebida al caso de la Directiva 2014/104/UE (Directiva de daños), por referencia: i) al Régimen transitorio establecido en la propia Directiva de Daños, ii) Infracción del artículo 2.1 del C. Civil por aplicación indebida de la indicada Directiva.

2. Infracción legal por aplicación incorrecta del artículo 1902 del C. Civil. Inexistencia de una presunción de relación de causalidad determinante de la obligación del demandante de establecer la relación de causalidad entre el hecho y el daño. Inexistencia de relación de causalidad.

3. Infracción legal por inaplicación indebida al caso de la denominada regla ex re ipsa.

2.3. Motivos de apelación de orden material.

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

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

3. Inexistencia de daño y cuantía, a tenor del contenido del informe emitido por KPMG (análisis econométrico). Impugnación de los motivos expuestos en la sentencia para descartar dicha pericia, con infracción del artículo 348 de la LEC.

4. Inexistencia de dificultad probatoria.

5. A la imposibilidad de estimación judicial del daño se une el que los daños fijados en la sentencia (5%) carecen de fundamento alguno e incurren en el mismo reproche que la sentencia hace al informe pericial de la demandante. Informe Oxera de 2009 y referencia al informe Oxera de 2019.

6. En lo que concierne al criterio del daño del 5% sobre el precio de compra, afirma que la sentencia ignora hechos acreditados en el procedimiento que demuestran que es incorrecto emplear aisladamente el precio de compra para el cálculo del daño. También apunta a las ventas de los camiones objeto del procedimiento y señala: i) incongruencia matemática en el fallo de la sentencia, y ii) El precio de compra de los camiones no es una magnitud válida para calcular el sobrecoste porque la entidad demandante nunca pagó el completo precio de la compra.

7. Passing on. El informe emitido a instancia de la parte demandada no concluye la imposibilidad del daño, asumiendo que la actora habría trasladado la totalidad del mismo a sus clientes, ignorando la sentencia la evidencia presentada sobre la reventa de camiones.

2.4. Motivos de apelación de orden procesal y material en relación con la condena al pago de los intereses. Y se refiere, en particular: i) a la infracción legal consistente en la omisión de traslado a la parte demandada de la solicitud de rectificación de la sentencia, y ii) incongruencia extra petita en relación con la condena al pago de los intereses.

2.5. Motivos de apelación en relación con la condena en costas contenida en los Autos de fecha 5 de octubre y 9 de noviembre de 2018.

A dicho recurso se opone la demandante por las razones que constan en el escrito fechado el 17 de junio de 2019, en el que la representación demandante combate los diversos motivos articulados de adverso, para solicitar la desestimación del recurso y la expresa condena en costas a las demandadas apelantes.

TERCERO. - Recurso de apelación formulado por LLÁCER Y NAVARRO S.L.

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

1.- En relación con el Fundamento Jurídico Quinto (parágrafos 44 a 47 ambos inclusive) argumenta que el daño es superior al 5% del valor de compra del vehículo, con remisión al contenido del informe pericial aportado por su representada, que se basa en un método válido de los consignados por la ciencia económica destacado por su objetividad, en relación con los principios de eficacia, equivalencia e indemnidad que se desarrollan en la jurisprudencia comunitaria.

2.- Respecto del Fundamento Jurídico Sexto (parágrafos 96 y 99), alega, nuevamente, que el daño es superior al 5% del valor de compra de los vehículos, y que la ponderación judicial es inexacta por referencia al informe Oxera. Argumenta que no existe razón para pensar que el presente cártel no se encuentre entre aquellos cuya horquilla porcentual se sitúa entre el 10 y el 20%. Y si se tiene en cuenta su carácter internacional, debería estimarse el daño en el 26% del precio abonado por el vehículo, con invocación de otras resoluciones dictadas por Juzgados de lo Mercantil.

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

La representación de adversa se opone al recurso de apelación, suplica la desestimación del mismo y la expresa imposición de las costas a la parte apelante.

CUARTO. - Precisiones previas.



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

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

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

Al hilo de lo expuesto, y para una mejor sistematización de nuestra respuesta a las cuestiones planteadas, empezaremos examinando los motivos de apelación de orden procesal del recurso de las demandadas, determinaremos - a continuación, y en respuesta al segundo bloque planteado por ellas - la normativa aplicable al caso dando respuesta a las tres infracciones legales que se desarrollan en el escrito, y finalmente el bloque de cuestiones relativos a la interpretación de la Decisión de la Comisión Europea en conexión con la valoración de la prueba pericial practicada a instancia de cada una de las partes litigantes, la eventual ponderación del daño, la defensa del "passing on", el devengo de intereses y el pronunciamiento sobre las costas de la primera instancia.

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

5.1. Argumentos de las demandadas apelantes.

El recurso dedica su "sección primera" (páginas 13 a 29) a la denuncia de las infracciones procesales en que, a su juicio, incurre la sentencia apelada, con cita de los artículos 216 y 218 de la LEC (principios de justicia rogada y de motivación de las resoluciones judiciales, desde la perspectiva dogmática y jurisprudencial), en relación con el artículo 24 de la Constitución. Alega que la sentencia se aparta de la prueba pericial aportada y acude a la cuantificación judicial del daño, reemplazando la actividad de las partes, cuando el juez no puede irrogarse el papel de perito experto económico y fundar la estimación de la demanda en un documento (informe Oxera de 2009) que no obra en autos no ha sido objeto de invocación, ni de contradicción y debate. Sostiene que la Sentencia ha aplicado - indebidamente - presunciones que benefician la posición procesal de la parte actora desplazando las cargas probatorias, no exige esfuerzo probatorio a la demandante y rechaza, al mismo tiempo, los esfuerzos probatorios desplegados por las demandadas, lo que hace imposible cualquier posibilidad de desestimación de la demanda, con quiebra del principio de igualdad de los artículos 19.3 y 14 de la Constitución. También argumenta que la resolución infringe las normas que regulan la valoración de la prueba pericial en lo que concierne a la pericia de sus representadas, con infracción del artículo 348 de la LEC y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que la interpreta, incurriendo en vulneración de las reglas de la sana crítica a tenor del contraste que efectúa de las periciales de la actora y de la demandada y las conclusiones que dimanen de la decisión judicial. Y concluye dicha Sección Primera de su escrito afirmando que la resolución incurre en contradicciones cuando sostiene, por una parte, que el actor tiene la carga de probar el daño, para descartar seguidamente esa carga. También cuando rechaza un porcentaje estadístico y, a continuación, aplica otra media estimando parcialmente la demanda.

5.2. Valoración del Tribunal.

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

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

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



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

Primera. La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 3 de Valencia de 13 de marzo de 2019 (folio 220 a 239 - anverso y reverso - del quinto tomo de los seis que integran el expediente) cumple los requisitos jurisprudencialmente exigibles, tanto en lo que concierne a la forma de la resolución (por referencia al contenido del artículo 209 de la LEC), como respecto a la motivación de las resoluciones judiciales conforme a la doctrina constitucional y jurisprudencial que interpreta los artículos 209, 216 y 218 de la LEC y los artículos 24 y 120.3 de la Constitución. Sin perjuicio de remitirnos al primero de los fundamentos de esta Sentencia en el que se describe el contenido de la resolución apelada, recordamos que la misma contiene: 1) En los antecedentes, la descripción de las respectivas posiciones de las partes y una expresa declaración de los hechos que se declaran probados, lo que implica el cumplimiento por el magistrado "a quo" de lo reglado en el artículo 209 regla segunda de la LEC, cuando dice: " *En los antecedentes de hecho se consignarán, con la claridad y la concisión posibles y en párrafos separados y numerados, las pretensiones de las partes o interesados, los hechos en que las funden, que hubieren sido alegados oportunamente y tengan relación con las cuestiones que hayan de resolverse, las pruebas que se hubiesen propuesto y practicado y los hechos probados, en su caso.*" 2) En la Fundamentación Jurídica (folio 222 vuelto a 239 del tomo V) desarrolla (como ya hemos indicado en nuestro fundamento primero): a) el régimen legal aplicable al caso, b) la responsabilidad solidaria de las entidades demandadas, c) el contenido y alcance de la Decisión de la Comisión y su significación en el proceso judicial que resuelve, d) la valoración de los dictámenes periciales con exposición de sus conclusiones, e) la estimación judicial del daño, f) las razones por las que excluye la defensa del passing on articulada por las demandadas y g) el pronunciamiento sobre costas derivado de la estimación parcial de las pretensiones de la demandante. Y lo hace mediante párrafos separados y numerados, con exposición de los argumentos que le conducen a la configuración del fallo, dando cumplimiento a lo establecido en la regla 3ª del precepto citado.

Cuestión distinta es que la representación demandada no comparta las conclusiones alcanzadas por el Juzgador (como tampoco las comparte en su plenitud la demandante) o los argumentos vertidos para alcanzarlas, sin que de ello pueda concluirse que la resolución apelada infringe los deberes que le impone el artículo 218 de la propia LEC.

La motivación implica que el tribunal exprese razonadamente los elementos fácticos y los argumentos jurídicos que inciden en la interpretación y valoración de las pruebas, e interpretación y aplicación del derecho, como ha tenido ocasión de declarar el Tribunal Constitucional (STC 14/1991 y 133/2013) y, reiteradamente el Tribunal Supremo (entre otras, en Sentencia de 23 de octubre de 2015). La Sentencia no es escueta o parca en razonamientos, más bien al contrario, por lo que no siendo exigible que aborde todos y cada uno de los aspectos y matices tratados en el juicio, y no alcanzando el derecho a la tutela judicial efectiva a la obtención de un pronunciamiento acorde a la posición de la parte que alega la infracción procesal, hemos de rechazar lo alegado por la recurrente.

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

No consideramos que el magistrado a quo se haya separado de las cuestiones de hecho y de derecho que las partes le han sometido, ni que haya infringido los principios de justicia rogada y de aportación de parte o mutado el objeto del proceso en los términos a que se refiere la apelante al invocar la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2004, en relación con el artículo 218 de la LEC, porque en las cuestiones suscitadas en torno a la metodología de las periciales por referencia a los estudios estadísticos formaron parte del debate, y en la demanda se invocó la posibilidad de estimación judicial del daño (folio 92 del primer tomo), por lo que no apreciamos la incongruencia alegada, como tampoco se apreció en la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2019 (Id Cendoj: 28079110012019100044) con ocasión de una acción ejercitada al amparo del artículo 101.3 del TFUE.

Tercera. La concreta revisión de la valoración de la prueba pericial efectuada por el magistrado "a quo" será objeto de examen más adelante, sin que podamos incardinar en el ámbito del artículo 218 - exhaustividad y motivación de las resoluciones judiciales - la pretendida infracción del artículo 348 de la LEC - relativo a la valoración de la prueba pericial conforme a las reglas de la sana crítica.



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

6.1. - Argumentos de las demandadas recurrentes.

La representación demandada, a lo largo de las páginas 30 a 49 de su escrito, combate en primer término, la aplicación al caso de la Directiva 2014/104 (tanto directa como indirecta), con análisis del régimen transitorio de la propia Directiva de daños e invocación del artículo 2.1 del C. Civil, rechazando los criterios de la resolución apelada.

También argumenta - en referencia al artículo 1902 del C. Civil - sobre la inexistencia de una presunción de relación de causalidad entre el hecho y el daño, afirmando respecto de este presupuesto de la acción que "*nada en el derecho comunitario o español permite presumir la relación de causalidad*" y, seguidamente entra en el análisis de los efectos en el mercado de los intercambios de información para negar la existencia del daño. También considera errónea la aplicación de la regla "ex re ipsa" con cita de los criterios doctrinales y pronunciamientos judiciales que considera aplicables, de los que deduce la inexistencia de una aplicación generalizada de la misma.

Y para concluir el apartado se refiere a la doctrina del TJUE acerca del carácter vinculante de las Decisiones de la Comisión Europea.

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

Para resolver las cuestiones planteadas (y sin perjuicio del ulterior análisis particularizado del asunto que se somete a nuestra decisión), expondremos ahora (como ya hiciéramos en nuestras Sentencias de 16 y 20 de diciembre de 2019, dictadas en los Rollos de Apelación 1071, 1126 y 1032, todos ellos de 2019) el marco normativo y jurisprudencial, que, a nuestro criterio debe aplicarse a las acciones consecutivas instadas al amparo de la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016.

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

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

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

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

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

1) Los artículos 101 y 102 del TFUE producen efectos directos en las relaciones entre particulares, generando para los afectados, derechos y obligaciones que los órganos jurisdiccionales nacionales deben aplicar (se



declara, entre otras, en la Sentencia del TJCE de 20 de septiembre de 2001- Courage C453/99- en línea con otros pronunciamientos anteriores).

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

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

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

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

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

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

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

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

a. Las conclusiones que se expresan en los párrafos 139 a 145 de la Guía, se apoyan en un estudio encargado por la Comisión, sustentado, a su vez, en una serie de estudios empíricos ya existentes sobre los efectos



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

Dicho esto, en el litigio seguido entre Llacer y Navarro SL (como demandante) y AB Volvo y Renault Trucks SAS como demandadas, los elementos a valorar son los siguientes:

7.1.- La representación actora presentó demanda en fecha 3 de abril de 2018, argumentando su cualidad de comprador de los 108 camiones cuya matrícula, número de identificación, modelo, lugar y fecha de compra y precio neto se relacionan en el cuadro que se integra en el fundamento primero de la demanda (páginas 2 a 14 del escrito de demanda). Los camiones numerados del 1 al 64 (ambos inclusive) fueron adquiridos (según se indica en la tabla indicada) a RENAULT TRUCK ESPAÑA SL, los números 65 y 66 a VFS FINANCIAL SERVICES SPAIN EFC SA, los numerados del 67 a 87 a RENAULT TRUCK ESPAÑA SL, los números 88 a 106 a MOTORTO SA, el 107 a RENAULT TRUCK ESPAÑA SL y el 108 a MOTORTO S.A. Para la acreditación de tal extremo, decía aportar como bloque documental nº 2 " *Factura, tarjeta de Transportes del Vehículo y el permiso de circulación de cada uno de los vehículos.*" De las facturas aportadas (folio 96 a 207, sin que consten las tarjetas de transporte ni los permisos de circulación junto a ellas) se desprende la siguiente mención para los documentos 1 a 64, 67 a 87: "CONDICION de PAGO: FINANCIADO POR RENAULT TRUCK ESPAÑA". De las facturas emitidas por MOTORTO SA no se desprende la forma de pago (folios 186 a 205) y de los documentos a los folios 161 a 164 (documentos 65 y 66) resulta la referencia a un contrato de arrendamiento financiero.

La entidad actora, cuyo objeto social es la explotación directa de los transportes terrestres de mercancías con vehículos camiones en territorio nacional así como los autorizados en el extranjero, argumenta haber sufrido un daño como consecuencia de la existencia de un cártel de fijación de precios en el que había participado la demandada, aportando, para la acreditación del ilícito que sustenta la acción, la versión no confidencial de la Decisión de la Comisión de 6 de abril de 2017 (documento 7 al folio 215), entre otros documentos dirigidos a acreditar la legitimación y el daño.

La actora cuantifica el perjuicio sufrido por sobrecoste y por "passing on" de la implementación de las tecnologías medioambientales en un total de 1.298.115,35 euros, a los que - afirma - " *habrá que sumar, tanto los intereses de demora como el IVA correspondiente*" (página 67 de la demanda).

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

De dicho informe (integrado por un total de 400 páginas) resulta: 1) un apartado de antecedentes sobre la descripción y características de un cártel, 2) los camiones como objeto del informe, 3) el impacto ambiental por las emisiones de los vehículos diésel, 4) los sobrecostes de los vehículos industriales por la implementación de soluciones para la retención de nox y partículas sólidas, 5) el establecimiento de multa por parte de la Comisión por el ilícito concurrencial, 6) el análisis de los diferentes métodos de cálculo para establecer la indemnización correspondiente a los vehículos afectados, 7) el análisis exhaustivo de los cárteles en Europa, 8) modelo econométrico del mercado del camión, 9) y el dictamen propiamente dicho con las conclusiones para cada uno de los dos bloques de cuantificación señalados (sobrecoste y "passing on" de incorporación de las



tecnologías), por referencia a cada uno de los camiones origen del proceso (páginas 123 a 159 del dictamen). A partir de la página 160 resulta la bibliografía utilizada por el perito y los anexos (un total de 10 documentos).

El dictamen fue ratificado en el acto de juicio y sometido a contradicción de las partes a través del método del careo entre peritos (mediante el interrogatorio simultáneo de los Sres. Roberto y Lucas - perito de KPMG-), según hemos constatado a través de la revisión del soporte de grabación de la integridad del acto de juicio.

Destacamos los siguientes elementos relevantes de las manifestaciones del Sr. Roberto a las preguntas que le fueron formuladas:

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

b) *En lo que concierne a la metodología para la emisión del dictamen*: Desde el conocimiento de los métodos a que se refiere la Guía de la Comisión, y atendidas las particularidades del cártel enjuiciado, explicó las razones por las que no eran de aplicación los aconsejados en ella y en particular los métodos comparativos de facturas (antes y después) o el comparativo con otras regiones geográficas (países y continentes alejados en el que las condiciones son diversas y no comparables) y otros productos que pudieran considerarse análogos. Aseguró que la propia duración del cártel, el hecho de no ser una materia prima y las peculiaridades del producto hacen imposible el uso de los métodos contemplados por la Comisión. Afirmó, con soporte en la propia Guía, haber analizado otras alternativas y concluyó que es posible la cuantificación por referencia a los estudios de investigación que cita, realizados por economistas prestigiosos. Se refirió, en particular, al informe Smuda (que negó haber manipulado), del que señaló que ha sido ampliamente divulgado, que se caracteriza por ser un análisis estadístico del desarrollo de los cárteles a nivel europeo, aun abarcando un período sensiblemente inferior a la duración del cártel de los camiones, y para áreas más reducidas. Destacó que su criterio metodológico (del que extrae el porcentaje del 20,70%, que aplica al precio soportado por el cliente) está respaldado por el Registro de Economistas Forenses (Refor). Dijo haber valorado 6000 camiones de forma progresiva, sin que pudiera utilizar el método comparativo solo por referencia a las facturas (en las que sólo aparece el importe del camión, sin que consten descuentos aplicados, ni las condiciones comerciales), de las que no resultan los datos necesarios para la aplicación de un método distinto del considerado por el perito.

A preguntas de la letrada de la parte demandada afirmó no tener estudios de economía, tener suficiente nivel de inglés para comprender el contenido de los informes en que ha basado su dictamen y para valorar las fuentes en que éstos se sostienen, sin perjuicio de haberse centrado en el informe de Alexander por su concreción al espacio europeo. Dijo haber realizado 6000 informes vinculados a 6000 facturas derivadas de este cártel. Consideró que el método por él utilizado puede aplicarse a otros cárteles. Admitió haberse basado en la literatura científica existente, sin haber podido desarrollar un modelo econométrico por la carencia de los datos necesarios para ello.

c) *Respecto a las conclusiones*: 1) Considera que el cártel de los camiones es un cártel duro porque de la Decisión de la Comisión se desprende el intercambio de precios e incluso para la modificación de los mismos en Francia, porque en ese país el precio era más bajo. 2) El producto es homogéneo en el plano en el que se produce el intercambio de información. 3) Cuantifica de forma separada porque son dos daños derivados de dos conductas diferentes. 4) Discrepa del contenido del informe emitido por el Sr. Lucas .

d) *Respecto del caso concreto de LLACER Y NAVARRO SL*. A preguntas de la letrada de las codemandadas manifestó haberse reunido con el cliente en un par de ocasiones durante la elaboración del informe y que la sociedad, dueña de los camiones, actualmente está en liquidación como consecuencia de su concurso de acreedores.

7.2.- Previo al análisis de la contestación de la demanda, conviene apuntar que el expediente sufrió una serie de vicisitudes derivadas, - como en otros procedimientos similares, de los que hemos tenido conocimiento - de la discusión en torno a la traducción de documentos, y de la declinatoria de jurisdicción planteada, que no prosperó (folio 187 del tomo segundo de las actuaciones), con la consecuente demora temporal de las actuaciones judiciales.

7.3. - La contestación conjunta a la demanda consta en el tercero de los tomos, y tuvo entrada en fecha 31 de octubre de 2018. Previa valoración crítica de la demanda (alegación primera), resume en la alegación "Segunda" la información relevante sobre las clases de acciones de daños por actos contrarios al derecho de la competencia ("follow on" y "stand alone"), identifica la acción ejercitada por la demandante ("follow on") y concluye que ésta no puede limitarse a citar el contenido de la Decisión de 19 de julio de 2016 para fundar su pretensión, porque debe acreditar - además de la existencia de la conducta infractora - que la infracción tuvo influencia en los precios negociados en España, la relación de causalidad y el daño efectivamente sufrido



por la demandante, así como la ausencia de repercusión a sus clientes. Y argumentó que la actora carece de legitimación ad processum por la situación concursal en la que se encuentra y la falta de aportación de autorización o conformidad de la administración concursal. En lo que concierne al supuesto litigioso (alegación tercera de la contestación) hizo referencia a los descuentos aplicados a la demandante (entre el 39,31% y el 43,48%) en cada uno de los conjuntos de camiones que reseñó en su escrito, sin disponer de la información relativa a las adquisiciones efectuadas por la actora entre 1997 y 2000, por la antigüedad de las transacciones, destacando, en todo caso, la capacidad de negociación de la demandante por tratarse de un "cliente por flotas", lo que le convierte en cliente beneficiado por grandes descuentos y ventajas. A partir del 2000, todos los camiones adquiridos fueron financiados por Renault, por lo que considera que no cabría apreciar daños directos, sino indirectos, a lo que añadió que todos los vehículos fueron ulteriormente vendidos sin que se haga referencia en la demanda a las cantidades obtenidas por la actora por la transmisión. En el ordinal "Cuarto" negó que de la Decisión de la Comisión Europea se desprenda la existencia de efectos en los precios negociados entre concesionario y cliente (puntos 80 y 82 de la Decisión) por la naturaleza y contexto de las conductas, las características intrínsecas del mercado de camiones, por no ser suficiente el intercambio de información sobre precios brutos de lista para generar esos efectos, la existencia de numerosos factores que inciden en el precio, etc. En el alegato "Quinto" analiza la adquisición de los camiones en España y las características del mercado, con referencia a la negociación entre concesionario y cliente, el hecho de no tratarse de un proceso de comercialización estandarizado (por incidir la naturaleza del producto), su carácter industrial, las necesidades de cada comprador (incluso con diseños únicos), la posibilidad de entrega de un vehículo usado o concurrencia de pacto de recompra, entre otros factores que definen la particularidad del sector. En el "Sexto" y "Séptimo" de los apartados de su escrito, argumenta sobre la falta de acreditación del daño (respecto del que no cabe presunción) y se refiere a la relevancia de la relación de causalidad, la falta de fundamentación adversa respecto de los importes que reclama (inhabilidad del dictamen pericial aportado por remisión al estudio estadístico del informe Smuda) y al hecho de que el precio de adquisición de un camión no puede reputarse como criterio válido para la determinación del daño. Finalmente argumenta (hecho Octavo) que el hipotético sobreprecio se habría trasladado a los propios clientes del demandante y se opone a la pretensión de devengo de intereses que se postula en la demanda (Noveno).

Y amén de solicitar de la adversa los que reseña en las páginas 37 y 38 de la contestación, adjunta: Como Anexo A, carta de los peritos, y como documentos 1 a 12 la Decisión de la Comisión y su traducción, Informes de Tráfico de algunos camiones, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 3 de Madrid de 10 de mayo de 2018 relativa al cártel de los sobres de papel, Sentencia de 28 de mayo de 2018 dictada por la Audiencia Territorial de Hannover y su traducción, Sentencia de la Audiencia Territorial de Berlín de 26 de junio de 2018 y su traducción, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 11 de Madrid de 8 de junio de 2018 relativa al cártel de los sobres de papel, escrito solicitando la apertura de la fase de liquidación presentada (entre otras concursadas) por la actora al Juzgado de lo Mercantil 1 de Valencia en fecha 30 de abril de 2018 (folio 308 del tercer tomo) y Auto del Juzgado de lo Mercantil 1 de Valencia de 16 de mayo de 2018 (folio 315 y sucesivos) por el que se acuerda la apertura de la fase de liquidación de la concursada, la suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio, la disolución de la mercantil y el cese de su administración social, que queda sustituida por la administración concursal. Y antes de la celebración de la Audiencia Previa aportó los informes de la DGT pendientes conforme al anuncio realizado en su contestación, al no poder disponer de los mismos a la fecha de su presentación (folios 323 a 398 del tercer tomo).

En el Tomo Cuarto del expediente, consta el informe pericial emitido el 26 de noviembre de 2018 por KPMG ASESORES SL, firmado por Don Lucas y Don Marino. Dicho informe (127 páginas) consta de tres partes: 1) La primera tiene por objeto una serie de consideraciones previas sobre los camiones del caso concreto, los criterios relevantes para la cuantificación del daño y las características del mercado de los camiones en España. 2) El segundo bloque se destina a la evaluación del informe pericial aportado por la demandante. Y, 3) finalmente, a partir de la página 82 propone una cuantificación alternativa del supuesto daño sufrido por la actora acudiendo al método de comparación diacrónica temporal, valorando, igualmente la capacidad de traslación del daño por la demandante a sus clientes. Este último apartado del informe comprende las páginas 82 a 104, de las que destacamos: i) que en la página 103 (folio 106 del tomo) se concluye - a la vista de los resultados del análisis de regresión realizado - que no existe sobreprecio y, en consecuencia, que el daño es cero porque la infracción no tuvo efecto alguno sobre NET Sales de los camiones medianos y pesados del segmento de uso "Larga Distancia" de Renault en España, al que pertenecen todos los camiones incluidos en la demanda. Y en lo que concierne al "passing on" (páginas 103 y siguientes), argumenta que, por la falta de información que requiere de la actora y sin perjuicio de los elementos que maneja para elaborar sus conclusiones - información pública disponible, ingresos de explotación anuales de la demandante, evolución de la actividad del sector y de vehículos autorizados para el transporte público, distribución de costes, de precios medios por carga, etc.-, considera (página 109) "*muy probable que los transportistas y las empresas ligadas a esta actividad como la de la Actora, hubieran podido repercutir en los precios de sus servicios cualquier eventual*



sobrecoste en el precio de los camiones, de existir éste." Y concluye, a tenor de las dinámicas observadas, en la presunción, durante el período de la infracción, en la existencia de " condiciones económicas favorables para que la Actora hubiera recuperado la totalidad de los costes incurridos en el desarrollo de su actividad económica, por lo que habría trasladado completamente en el precio a sus clientes, cualquier incremento de costes y, entre ellos en su caso, un eventual sobrecoste en la adquisición de los camiones, sin haber sufrido descenso en sus ventas" (página 110), sin que finalmente pueda hacer una correcta cuantificación del "passing on" por la razón ya apuntada de ser necesaria la información solicitada en el escrito de contestación a la demanda.

En el acto del juicio, Don Lucas ratificó el informe emitido en el marco del careo practicado simultáneamente con el perito de la entidad demandante. Resulta del soporte de grabación audiovisual:

a) *En cuanto a sus cualidades como experto:* Su cualificación resulta de la página 119 del informe (folio 122 del tomo cuarto) tanto en lo que concierne a la titulación en ciencias económicas y empresariales, como en lo relativo a su experiencia en la administración y en el ámbito de la competencia. No es economista colegiado ni se integra en el Refor, entidad a la que conoce por referencia, y a la que considera una agrupación mayoritaria de expertos en contabilidad. Es economista del Estado por oposición con desempeño de los cargos que resultan de su reseña curricular (17/18 años en la administración pública en el marco de la defensa de la competencia). Y destacó haber realizado otros informes relativos a este mismo cártel, para otros procedimientos judiciales.

b) *Crítica del informe adverso:* No estima adecuado el método utilizado por la parte actora con sustento en el informe Smuda y resultados sesgados.

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

d) *Conclusiones relevantes:* 1) A su juicio, el cártel de los camiones no es un cártel duro. Expuso las razones por las que llega a tal conclusión, consecuencia del análisis de las diferencias entre colusión e intercambio de información, reglas de tipicidad, contenido de la Decisión de la Comisión, y normativa de competencia. 2) El intercambio de información sobre precios tiene como efecto una reducción de la incertidumbre. 3) Si, hipotéticamente - que no - se hubiera pactado un incremento de precios brutos, podría haber tenido influencia en los precios netos, sin que tal se produzca de forma automática ni exista relación directa. Destacó la influencia de las dispersiones por descuentos y la influencia en los precios de una multiplicidad de factores, de manera que cada transacción es única, depende de la capacidad negociadora del adquirente y de la situación y momento temporal del concesionario o distribuidor, entre otros factores. 4) Cuanto más heterogéneo es el producto, más difícil es el funcionamiento del cártel, y en este caso en particular el producto final es muy heterogéneo. 5) La muestra de Alexander contempla, incluso, cárteles legales y no sirve para la determinación de los efectos económicos sobre los eventuales perjudicados, tal y como se desprende de la Guía de la Comisión.

e) *Sobre el caso concreto de Llacer y Navarro* (a partir de las 12:58:45 de la grabación del juicio hasta las 13:02:37): 1) No se pueda afirmar que la actora fuera la propietaria de los camiones litigiosos durante todo el período del cartel, porque parece que fueron sometidos a ciertos contratos de arrendamiento de manera que Llacer no era el propietario legal, 2) Algunos de esos camiones fueron vendidos a Scania y otros a la misma Renault, 3) para los años 2002, 2004 y 2005 ha realizado un análisis de los importes de las ventas y ha constatado la existencia de provisiones contables de Renault en garantía de la futura recompra pactada a la que venía obligada por la normativa contable y el principio de prudencia. Esto tiene lugar siempre que el pacto implique un mayor valor del que, con arreglo al conocimiento del mercado, se considera valor real. Tales provisiones oscilan entre 9.000 y 11.000 euros, con un máximo de 14.000 euros, lo que representa en torno al 17% del precio original. 4) Llacer negociaba teniendo en cuenta la diferencia entre el precio de compra y el precio de reventa. El precio de reventa estaba en torno al 64% del precio original por lo que sólo estaba pagando por esos tres años de uso del camión en torno al 35% del precio original. 5) La capacidad de compra del cliente le permite la obtención de un descuento futuro en la reventa del camión, con la particularidad de que en muchos casos no le revende a Renault sino a otros (probablemente Scania) lo que implica que obtuvo un precio superior al del pacto de reventa. 6) Su conclusión: " *En el hipotético caso de que hubiera tenido un sobrecoste en ese 100% original, que insisto solo paga un 35% y le están reclamando un 20 (paréntesis aparte), en la reventa ya me estaban garantizando una cantidad que es igual caso al 20% de ese supuesto sobrecoste, ya que me están dando un descuento del 17% sobre el precio original, no sobre la diferencia entre uno y otro, que es lo que paga. Y si muchos de ellos de esos camiones se han vendido a otro fabricante es porque la competencia por ese tipo de cliente, ese otro fabricante le había dado algo mejor de lo que le habría dado Renault.*"



7.4.- Con ocasión de la Audiencia Previa se aportó al proceso, amén de un documento acreditativo del consentimiento prestado por la administración concursal para la presentación de reclamaciones derivadas del cártel de los camiones (documento 10 al folio 339 del cuarto tomo), se incorporó al expediente un importante número de resoluciones dictadas por tribunales alemanes y españoles (en primera instancia) que han quedado unidas (folios 148 a 338 del mismo tomo). Entre las resoluciones dictadas por tribunales alemanes, constan cuatro de la Corte General de Hannover de 16 de abril y 15 de octubre de 2018, y dos de la Corte General de Stuttgart de 30 de abril y 12 de noviembre de 2018.

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

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

1.- En el primero de los casos (18 O 21/17), el demandante alegó que podía reclamar el 7% del precio de compra, más el 5% por encima de la tasa base en concepto de intereses desde la fecha en que se produjo el daño. Y sustentó su solicitud en el estudio OXERA, en relación al método comparativo que se describe en el párrafo 6 de los antecedentes fácticos de la sentencia. Con arreglo a tales criterios cuantificó el daño en 3.346 euros más intereses.

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

3.- En el tercer caso (en la que el demandante era una corporación pública y la fecha de la resolución es de 18 de diciembre de 2017) se postuló una indemnización de 335.055,76 euros (reclamación a tanto alzado del 15% del importe del contrato, con sustento en una cláusula contractual que tenía por objeto cubrir daños por acuerdos restrictivos), más intereses a una tasa de 9 puntos porcentuales por encima de la tasa base. El Tribunal - párrafo 95 - consideró que el daño no podía establecerse de manera concluyente en su decisión.

4.- En el asunto 45 O 1/17 ventilado ante la Corte de Stuttgart, el demandante había adquirido 12 vehículos en un período comprendido entre noviembre de 1998 y octubre de 2011. Pedía 2.810.820,90 euros más intereses a una tasa del 5% por encima de la tasa de interés base. Se reconoce el derecho del demandante a la reclamación de daños y perjuicios, si bien, en lo que concierne a la determinación de la cuantía considera insuficiente lo aportado por el solicitante y señala que para determinar la cantidad exacta del daño se debe obtener la opinión de un experto.

5.- De la resolución de la Corte de Hannover de 15 de octubre de 2018, se desprende que el solicitante (transporte agrícola) cuantificó inicialmente su reclamación por daños y perjuicios en un 8% del precio neto de compra del camión adquirido en 2006 (método comparativo que se describe en el párrafo 9). Se dice, a continuación que sobre la base del precio de compra neto de 74.000 euros, calculó inicialmente una pérdida de cártel de 3526,56, lo que representaba un porcentaje de pérdida del 4,76%. Posteriormente, modificó su pretensión (con arreglo a un informe de expertos) para cuantificar el perjuicio por cártel en 5.231,76 euros (s.e.u.o. es el 7,06% del precio de compra).

6.- En el último de los asuntos contemplados en el bloque de resoluciones alemanas aportadas (Stuttgart) el solicitante era adquirente de 4 camiones. Reclamó un monto de 59.458,50 euros correspondiente al 15% del precio de compra de los camiones, más intereses de 9 puntos porcentuales por encima del tipo de interés básico que pedía desde el 21 de diciembre de 2016 (los camiones se adquirieron en 2004 y 2005). Basó su reclamación en el estudio titulado "Cuantificación de los daños antimonopolio" (2009). El Tribunal no estimó adecuada la cuantificación del daño fijado en el 15% con sustento en los resultados de la Comisión Europea (se refiere a los estudios que resultan de la Guía) y apunta que se debe obtener un importe pericial para determinar la cantidad exacta del daño.

Y añadimos, a continuación, los datos que resultan de los documentos 6 a 8 de la contestación a la demanda, relativos a las resoluciones de Audiencia Territorial de Hannover de 28 de mayo de 2018 y de la Audiencia Territorial de Berlín de 26 de junio de 2018, desestimatorias (folios 254 y siguientes del tomo tercero del expediente).

La primera - relativa al asunto 18 O 17/17 - se refiere a la adquisición en 2006 de una unidad tractora DAF por un precio neto de 75.000 € netos (87.000 € brutos). El solicitante estimó los daños y perjuicios sufridos en un 7%



del precio de compra neto por referencia al estudio OXERA de 2009, reclamando un importe de 5231,76 €. La sentencia desestimó la demanda (se apreció la falta de legitimación pasiva de una de las demandadas porque no se constató su participación en los comportamientos sancionados por la Comisión Europea). Y respecto de la primera de las demandadas no se pudo concluir que en el proceso de contratación se hubiera visto afectado por las acciones del cártel, con arreglo a la normativa alemana, al haberse verificado la adquisición a través de un comercializador intermediario no vinculado societariamente a DAF.

En la segunda de las resoluciones - asunto 16 0 117/17 Kart-, la demandante - dedicada a la fabricación de pallets de plástico - alegó la adquisición en 2008 de cinco camiones DAF, con un valor de adquisición cada uno de ellos de 83.500 euros netos (99.365 brutos) mediante contrato de arrendamiento con opción de compra. El perjuicio alegado por la actora como consecuencia del cártel, sería "según los expertos o especialistas" del 15%, cuantificando en 54.456,55 euros el daño, al que añadía intereses al tipo base más 8 puntos. La sentencia desestimó la pretensión indemnizatoria porque la adquisición había operado a través de una sociedad financiera vinculada a DAF pero independiente de ella, y que sólo podía estar afectada de forma indirecta por las acciones del cártel. La Sentencia no entró a valorar ni la eventual cuantificación del daño, ni el eventual "passing on", ni el derecho a los intereses reclamados por la sociedad actora.

Finalmente, conviene hacer referencia a dos pruebas relevantes practicadas en el acto de juicio: a) el interrogatorio de D. Secundino, en su calidad de legal representante de la entidad actora y b) y la testifical de Don Sergio, Jefe Nacional de Ventas de AB VOLVO desde junio de 2017 y responsable de la cuenta de cliente de Llacer y Navarro SL, desde 2013 (a través de las operaciones de alquiler) hasta la declaración de concurso de la demandante.

De la declaración del Sr. Secundino (valorada conforme a las reglas del artículo 316 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) destacamos: 1) La importancia de la compañía en el sector del transporte frigorífico de larga distancia (toda Europa), incluso con actividad como "agencia de transporte", con una experiencia en el sector de más de 35 años. A lo largo de la vida de la empresa han adquirido entre 1000 y 1500 camiones, con compras anuales que a veces superaban las 100 unidades. 2) La sociedad adquiría los camiones de las diversas marcas (Renault, Scania, Mercedes, Daf...) en función del precio y del trato comercial. Para él lo relevante era el "precio por kilómetro". 3) El sector de segunda mano "ha ido al traste" como consecuencia de la pérdida de interés por los vehículos usados a consecuencia de las normativas de contaminación, lo que redundaba en el precio venta - que ha caído -. 4) El 80% de su flota era Renault. 6) No compraban directamente sin financiación. La financiación de los camiones se hacía por períodos de entre 36, 48 o 60 meses, con pactos de recompra. Al final, la vida de los camiones se redujo a 21 meses (a partir de 2010). 6) Se pasó de la financiación a través de entidades bancarias a que fueran las propias vendedoras las que ofrecían el renting para asegurarse el mantenimiento de los camiones. También imponían el taller de reparación para poder conservar las garantías, 7) Describió episodios de problemas con algunos de los camiones que motivaron la renovación de la flota, señalando que Renault, para evitar que la empresa pasara a comprar los camiones a Scania, los recompró a precio más alto. Este episodio se sitúa en el año 2008, en que por los problemas que generaron los camiones de Renault (por contaminación de agua y aceite) la actora, ante la falta de soluciones, vendió 80 camiones a Scania. Y fue ante esta situación que Renault Francia, para no perder el cliente, renovó a mejor precio los restantes camiones de la flota (unos 120). 8) Describió, asimismo, el proceso de negociación en el marco de la relación de renting con las marcas de camiones. Para la fijación de la cuota mensual se jugaba con la rebaja del precio de adquisición y la mejora del precio de recompra. E incluso afirma que actualmente el sector del transporte depende de tales marcas y que "el camión es propio de ellas porque el camión les vuelve". 9) Siempre se mantuvo la misma forma de financiación, no sólo para el período entre 1997 y 2011. 10) La marca decidía a través de qué concesionario cerraban la operación. 11) Los precios de los camiones siempre subían, incluso en los períodos de crisis económica, y les indicaban que iban a subir por la implementación de las tecnologías.

De las manifestaciones efectuadas por el Sr. Sergio (valorada conforme a las reglas de la sana crítica, a que se refiere el artículo 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) destacamos: 1) La renovación anual de entre 40 y 60 unidades de la flota de la demandante, a quien reconocía, además, como agencia de transportes, 2) La incidencia de la crisis económica en la venta y matriculación de camiones, con un importantísimo descenso de estas últimas en 2008 respecto de los años anteriores. 3) La relación con Llacer y Navarro se basaba en los vencimientos de operaciones anuales y la consecuente renovación, tomando como punto de partida de la negociación los datos de cierre de la última operación. Dicho esto, se tenía en cuenta: la configuración del camión, las novedades técnicas y normativas aplicables, la eventual repercusión de precios, las unidades a renovar y la eventual ampliación de la flota, el precio del vehículo y el de la recompra del mismo, entre otros factores. 4) Se contemplaban períodos de entre 3 y 5 años - eran los habituales - con valor de recompra, siendo frecuente la sobrevaloración del precio de recompra (con la correspondiente provisión contable) para hacer atractiva la oferta. 5) También se tenían en cuenta las ofertas de la competencia que tuviera el cliente, con la finalidad de mejorarlas, aunque no siempre podían hacerlo, al requerir de la necesaria autorización. 6) Llacer y



Navarro era uno de los clientes "top" de Renault, con cierto poder de negociación. 7) La financiación de Llacer y Navarro se hacía a través de la empresa de alquiler de Renault LAUDATA ALQUILER ESPAÑA mediante renting (alquiler con servicios), que determina la fijación de una cuota de alquiler (no precio). Para la fijación de dicha cuota se parte del precio de "nuevo", valor de recompra y mantenimiento y se fija el importe del alquiler por mes, cerrando la renta mensual con el cliente. Para la fijación de la renta no se utiliza el precio de tarifa sino el precio de venta sobre el que se aplican los descuentos, a fin de fijar la cuota que permitiera cerrar la operación con el cliente.

OCTAVO. - Sobre los contenidos de la sección tercera del recurso promovido por AB VOLVO y RENAULT TRUCKS SAS en conexión con los motivos primero y segundo del recurso de apelación de LLACER Y NAVARRO SL.

Resolveremos de forma simultánea - por la vinculación de los temas entre sí- las cuestiones planteadas por AB VOLVO y RENAULT TRUCKS SAS en los ordinales noveno a décimo sexto (páginas 50 a 123), y los dos primeros motivos del recurso planteado por la actora, pues del conjunto de tales alegaciones se desprende la controversia en torno a la concurrencia, o no, de los presupuestos jurisprudencialmente exigidos para que pueda prosperar una acción al amparo del artículo 1902 del C. Civil (acción u omisión ilícita, daño y relación de causalidad) por daños derivados de infracción de las normas de la competencia (101 y 102 TFUE).

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

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

8.1. Cuestiones controvertidas.

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

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

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

Segunda. La relación de causalidad.

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

La parte demandada, por el contrario, afirma la inexistencia de relación de causalidad entre sobreprecio e intercambios de información, porque: a) el mercado de camiones es un mercado altamente transparente, lo que hace extremadamente difícil la posibilidad de que existan sobreprecios consecuencia de dicha conducta. Destaca que la heterogeneidad de los camiones dificulta aún más la colusión en los precios, que la demanda es altamente cíclica y los precios son objeto de una fuerte negociación entre comprador y vendedor que se traduce en importantes descuentos; b) El mercado geográfico es, asimismo, importante: la Decisión no se refiere en ningún momento a España o al mercado español. Partiendo de tales elementos, y en relación a LLACER Y NAVARRO SL elimina la posibilidad de apreciar la existencia de sobreprecio por las siguientes razones: i) porque no se trata de una empresa pequeña, sino de una de las principales empresas del país que, además funcionaba como agencia de transporte, como se desprende del interrogatorio de parte; ii) Porque, en tal condición, la actora compraba anualmente una cantidad significativa de camiones, y tenía gran capacidad de negociación del precio, como igualmente se desprende del interrogatorio de parte, llegando a describir el Sr. Secundino la existencia de negociaciones detalladas. Y en la misma línea, el testigo D. Sergio, tanto a



preguntas de los letrados como del propio magistrado "a quo"; iii) Llacer y Navarro compraba los camiones con un pacto de recompra a la propia marca al cabo de un determinado período cuyo importe, además, era superior al esperable por un camión usado debido a su gran poder negociador, según resulta del interrogatorio de parte y de la testifical practicada, iv) Los precios se negociaban individualmente y para cada caso, lo que impide establecer un sobreprecio a tanto alzado y obliga a una individualización para cada camión, a tenor de la testifical del Sr. Sergio .

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

8.2. Criterio de la sala.

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

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

La Sentencia de Primera Instancia, en el Fundamento Jurídico Cuarto (parágrafos 23 y siguientes) analiza las respectivas posiciones de las partes en relación con el contenido de la Decisión, y concluye: 1) " *La conducta sancionada no consistió en un mero intercambio de información entre las empresas cartelistas, guiadas con la sola intención de hacer el mercado de venta de camiones más transparente en materia de precios brutos, aunque cabe igualmente señalar que ese solo extremo ya distorsionaría la fijación de precios en ese mercado,...*" 2) De la Decisión se desprende la comisión de una infracción susceptible de generar daños en forma de sobreprecio al destinatario final del producto cartelizado, siendo cuestión distinta que la Comisión - a efectos de la sanción - no se detuviera en considerar la incidencia material de la conducta sancionada en el mercado.

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

Y aun cuando es cierto que en el apartado 82 - con cita de la jurisprudencia del TJUE - afirma que no es necesario " *tomar en consideración los efectos reales del acuerdo*" ni, a los efectos de su calificación, " *demostrar que la conducta ha tenido efectos anticompetitivos, en la medida en que ha quedado probado su objeto anticompetitivo*", ello no significa que podamos acoger la tesis de la demandada en orden a la ausencia de efectos de la conducta sobre el mercado. Que no se haya necesitado examinar el efecto real para calificar la conducta e imponer la sanción, no significa que se hayan descartado los efectos. Más bien al contrario: dicho lo anterior, en el apartado 85 es la propia Comisión la que establece la presunción de que la conducta sancionada " *tiene efectos apreciables sobre el comercio*". Y tan es así, que en la nota de prensa que se publica en la misma fecha, contiene un último apartado relativo a las acciones por daños dirigido a los eventuales afectados por la conducta descrita en el caso (documento 5 al folio 210 y siguientes del primer tomo).

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

Segundo. Relación de causalidad.

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

La incidencia de los acuerdos sobre precios brutos hacia los precios netos fue apreciada en la Sentencia del TGUE de 16 de septiembre de 2013 (prácticas colusorias en el ámbito del mercado de aparatos sanitarios, sobre coordinación de los incrementos de precios e intercambio de información sensible), respecto de la cual, la Sentencia del TJUE de 3 de julio de 2018 (T-379/10 y T-381/10) desestima el recurso de casación formulado contra ella. En los párrafos 60 a 67 de la Sentencia de 2013 se contienen apreciaciones sobre la influencia en los precios de venta a los consumidores de la coordinación anual de los precios de las listas de los fabricantes



(con incidencia primero, en el nivel fijado para los mayoristas, y después para el destinatario final del producto), y se aprecia la posibilidad de que los incrementos coordinados de los precios de catálogo repercutan en los precios pagados por mayoristas y consumidores finales.

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

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

En el caso que nos ocupa tiene relevancia la concreta relación existente entre las partes, tanto en lo que se refiere a la apreciación del requisito del nexo causal, como en lo que concierne al ulterior tratamiento del daño y su cuantificación.

Como señala la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Madrid en Sentencia de 9 de octubre de 2019 (ROJ: SAP M 12361/2019 - ECLI:ES:APM:2019:12361): " *La calificación del contrato consiste en la inclusión del mismo en un tipo determinado, la averiguación de su naturaleza y de la normativa que le es aplicable, todo lo cual está por encima de las declaraciones y de la voluntad de los sujetos, ya que "los contratos son lo que son y no lo que las partes digan" (STS 1ª 673/2013, 31.10 y juris. cit.)*"

Aun cuando en la demanda se atribuye a la demandante la cualidad de perjudicada como adquirente - refiere como título la compraventa de los vehículos, de los que se aporta las facturas -, tal extremo fue cuestionado en la contestación, al referirse las demandadas al arrendamiento financiero de al menos dos de los vehículos - página 9, folio 9 del tomo tercero -, y al indicar respecto al resto (a tenor de las facturas aportadas), que todos los camiones a partir del año 2000 fueron financiados por Renault Trucks España sin que la demandante hubiera dicho nada en la demanda acerca de las características de la financiación. Y en el recurso de apelación se alega el error de valoración probatoria en conexión con la decisión del juzgador de instancia de obviar las pruebas de interrogatorio de parte y testifical, de la que resulta la operativa y negociación de las partes a lo largo del período afectado por el cártel (páginas 72 a 82 del recurso, en las que se transcribe las declaraciones del Sr. Secundino y del Sr. Sergio).

La prueba practicada en el proceso revela que, en realidad, no estamos propiamente ante pactos de compraventa sino de renting. En las facturas - ya descritas - se identifica a RENAULT como financiadora de la operación. La actora no titula los vehículos descritos en la demanda (informes emitidos por la Dirección General de Tráfico). El legal representante de la actora admitió que la relación era la propia del renting, y lo confirmó el testigo Sr. Sergio en similares términos, porque lo que finalmente interesaba era la concreción de una cuota mensual. También se desprende de la práctica de la prueba pericial y de su ratificación en juicio por el perito Sr. Lucas , a través incluso, de las preguntas formuladas por el magistrado "a quo" tras el turno de repreguntas que concedió a los letrados de cada una de las partes, como ya hemos reseñado al describir el desarrollo del proceso y de la prueba.

Nuestra calificación de la relación contractual entre las partes no afecta al presupuesto de la relación causal, porque en la medida en que para la determinación de la cuota mensual asumida para el período pactado (entre 21 y 60 meses) tenía como punto de partida la tarifa del camión (sobre la que después se aplicaban los descuentos), la actora quedó afectada por el sobreprecio derivado de la conducta infractora. Ello le atribuye legitimación para reclamar, como en los casos en los que el pago del precio se hizo de modo íntegro o mediante la financiación bancaria o contratos de leasing, como hemos reconocido en resoluciones anteriores (ya citadas). Cuestión distinta, será, en su caso, determinar en qué modo ello influye en la cuantificación del perjuicio.

Consecuencia de lo expuesto hasta el momento, y estando acreditado que la entidad demandante concertó operaciones de renting o de arrendamiento financiero (en alguno de los casos) respecto de los ciento ocho camiones litigiosos, dentro del período de cartelización, en el área de influencia geográfica del cártel (que abarcó la totalidad del territorio del espacio económico europeo) y en el marco de la distribución de las empresas afectadas (VOLVO-RENAULT), apreciamos - conforme al artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en conexión con la presunción del propio apartado 85 de la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016 y el tenor de la Sentencia del TGUE de 16 de septiembre de 2013 - suficientes indicios para considerar la existencia de un nexo causal entre la conducta sancionada y su repercusión en las operaciones concertadas por LLACER Y NAVARRO SL con las demandadas.

Tercero: daño y cuantificación.

La respuesta que demos en este apartado viene condicionada a la valoración de las pruebas periciales, cuyo contenido hemos dejado descrito con ocasión del examen de las respectivas posiciones de las partes y elementos probatorios aportados al proceso. No podemos obviar que, precisamente la valoración de la prueba pericial es cuestión controvertida en la alzada por ambas partes: la actora, por la desestimación que de su método ha hecho el magistrado "a quo"; la demandada porque discrepa de la valoración efectuada en la instancia respecto del emitido a su instancia.

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

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

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

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

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

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

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



las de negar la actuación del cártel, negar las subidas concertadas de precios y negar por tanto la existencia de sobreprecio".

2.- Valoración de la prueba pericial efectuada en la instancia, y decisión del Tribunal.

El artículo 348 de la LEC dispone que " el tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica". En los casos en que, como ahora, existen informes contrapuestos, las resoluciones de los tribunales han ido identificando los diversos aspectos que los jueces podrán considerar para conformar su decisión: la cualificación y especialización de cada perito, su objetividad, credibilidad y prestigio, las concretas operaciones periciales realizadas para la emisión del informe, la metodología seguida para su confección, la correlación entre lo que se debate en el proceso y se informa, las reacciones y aclaraciones vertidas en el acto del Juicio a las preguntas formuladas, y la fundamentación y coherencia del dictamen pericial (entre otros).

El Juzgado de lo Mercantil 3 de Valencia (conforme a su deber de motivación), en el Fundamento Jurídico Quinto describe el contenido de los dictámenes aportados (parágrafos 38 a 41) expone ampliamente los criterios de valoración de la prueba pericial conforme a la jurisprudencia (42), así como las razones por las que, a su juicio:

5) El informe emitido por el perito de la demandante no resulta hábil para determinar el perjuicio sufrido por ella (parágrafos 44 a 47), rechazando - en consecuencia - que deba estimarse en un porcentaje del 20,70% del precio del camión (sobrecoste), más las cantidades fijadas en el informe por repercusión al cliente de la implementación de las nuevas tecnologías. No obstante, advierte (48) que aun cuando no formará su convicción desde las conclusiones resultantes de tal informe (cuya metodología no reputa útil a los fines perseguidos), no dirige censura a la actora en términos de carga de prueba en atención a las circunstancias del caso y dificultad probatoria, en la medida en que el informe tiene el valor de intento de cuantificación efectiva de los daños.

a) La parte demandada no ha cumplido con la carga de la prueba que le incumbía (parágrafos 49 a 55) porque: i) considera que se asienta sobre una interpretación inexacta de la infracción, ii) desarrolla un método econométrico sobre datos previamente considera incoherentes respecto a la especie de infracción sancionada, que no están aportados al proceso, y iii) falla en la adecuada articulación de la defensa del passing-on. Y desarrolla extensamente cada uno de los expresados argumentos.

Como quiera que es cuestión controvertida en la alzada la expresada valoración de la pericia practicada, la Sala, conforme a lo ordenado en el artículo 456.1 en relación con el artículo 465.5, ha procedido a su revisión para fijar sus conclusiones.

Previo a nuestro análisis y como punto de partida (como ya declaramos en nuestras resoluciones de 16 y 20 de diciembre pasado), reiteramos que somos conscientes de las dificultades que entraña la cuantificación del daño derivada de los ilícitos concurrenciales (lo indica la Guía de la Comisión, elaborada y publicada como instrumento de apoyo) y por ello valoramos el esfuerzo profesional realizado por cada uno de los peritos que han intervenido en el litigio para defender sus respectivos informes. No desconocemos la dificultad y riesgo que supone abordar la práctica de la pericia en los primeros procedimientos planteados, en un escenario de asimetría informativa y de desequilibrio en la posición de los litigantes, en una materia nueva y compleja como la que nos ocupa, a lo que se añade la singularidad de las conductas sancionadas en el cártel de los camiones frente a las propias de otros cárteles "de núcleo duro" o en el que, el producto o productos afectados no tienen el nivel de complejidad y de heterogeneidad que se aprecia en este caso. Nos consta, a través de las versiones escritas y de los argumentos vertidos en juicio, el esfuerzo de análisis desplegado y el volumen de información que, tanto uno como otro, han examinado para fijar sus conclusiones.

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

Y así ha ocurrido en el presente caso, en el que el magistrado no acepta la cuantificación del daño que resulta del informe presentado por la demandante, al no considerar adecuado el método utilizado para la determinación del perjuicio, ni tampoco los argumentos expresados en el dictamen emitido por KPMG para fundar un pronunciamiento desestimatorio de la demanda por "ausencia" del mismo.

2.1. Sobre el informe emitido por el Sr. Roberto :

Dicho cuanto antecede, llegamos a las mismas conclusiones expresadas en la sentencia recurrida, y a la vista de los argumentos esgrimidos por la recurrente, consideramos que no puede prosperar el primero de los motivos del recurso de LLACER Y NAVARRO SL, en el que sostiene que su perito "se basa en un método válido de los consignados por la ciencia económica" que "destaca por su objetividad" (página 3 del recurso), y con arreglo al cual pide la revocación de la sentencia dictada en la instancia y la condena al abono de 1.298.115,35 euros (más los intereses desde la compra de cada uno de los respectivos vehículos reseñados).

El informe aportado por la demandada sustenta la inhabilidad del dictamen del Sr. Roberto esencialmente en dos argumentos: 1) la interpretación equivocada de la Decisión que le conduce a estimar un impacto de la conducta infractora en los precios de venta neto de los camiones Renault en España (Páginas 61 y siguientes del contrainforme, folio 64 y siguientes del tercer tomo); y 2) en realidad el Sr. Roberto no ha desarrollado un método para cuantificar el daño, sino que ha acudido a un documento académico realizado por Alexander ("Cartel Overcharges and Deterrence Effect of EU Competition Law", 2012) y utiliza una de las cifras allí contenidas para asociarla al supuesto sobreprecio atribuible a la infracción, concluyendo que la "tasa media del sobrecoste es de un 20,70% del precio de venta." (página 62 del informe), con su ulterior desarrollo (página 64 y siguientes) que incluye las referencias a las conclusiones del Sr. Roberto en torno al perjuicio derivado de los costes soportados por la implementación de las tecnologías sobre emisión de gases (páginas 73 y siguientes, a partir del folio 76 del tercer tomo).

Aunque no compartimos la primera de las conclusiones del informe de KPMG, si consideramos (en línea con la conclusión mayoritaria de los juzgados mercantiles que lo han valorado en la instancia, y en particular, la fijada por el juez "a quo" en este caso) que el método utilizado por el Sr. Roberto para fijar el sobreprecio en el 20,70% del precio neto del camión, no es adecuado porque se apoya en estudios de investigación cuya finalidad es ajena a la cuantificación del daño.

La Guía afirma que los estudios estadísticos utilizados para fundar la presunción de daño en un porcentaje altísimo de casos, no es extrapolable sin más a la cuantificación por remisión a una media ponderada. Y eso es lo que se ha hecho en este caso, en el que se ha equiparado la media con el porcentaje en que se estima el sobrecoste derivado del intercambio de información en la lista de precios brutos.

Que otro método es posible y que además puede estar dentro de los recomendados por la Guía de la Comisión se desprende no sólo del contrainforme aportado, sino de la simple descripción de datos que extraemos de la documental obrante en el expediente.

Según hicimos constar en la Sentencia de esta Sala del 16 de diciembre de 2019 (Rollo 1126/19), en alguno de los procedimientos seguidos en Alemania se han utilizado métodos comparativos (se refleja en sus antecedentes), con resultado de porcentajes, para el mismo cártel, sensiblemente inferiores (horquilla entre el 4, 76% y el 9% - mayoritariamente entre el 7 y el 9 -), remitiendo a los perjudicados a la obtención de informe pericial en los casos en que pidieron a tanto alzado o porcentajes del 15%, por remisión a estudios estadísticos, que tampoco convencieron a los jueces alemanes.

En consecuencia, damos por reproducidos los párrafos 38, 42 y 43 a 48 del Fundamento Jurídico Quinto de la resolución apelada, y añadimos a la argumentación efectuada en la instancia que la Sala encuentra a faltar en el apartado III del Dictamen (páginas 123 a 159) una identificación de las particularidades del caso más allá de la relación de los camiones afectados y la aplicación a cada uno de ellos del porcentaje de 20,7% (previamente fijado) por sobrepuestos, y de 400 euros por passing on derivado de la implementación de la Euro III en la serie de vehículos que considera afectados por la misma.

El Sr. Roberto parte de la información que resulta de las facturas de los camiones objeto del proceso (modelo, fecha de la operación y precio del camión antes de impuestos) pero no considera otros extremos relevantes a los que pudo tener acceso por estar dentro del ámbito de datos en poder del cliente (incluso resultantes de las propias facturas examinadas y del conocimiento del legal representante de la demandante, que expuso en el juicio). No hay una dedicación específica al caso concreto más allá de la indicada aplicación de porcentajes o de la eventual repercusión derivado de la Euro III. No ha considerado las específicas circunstancias concurrentes: naturaleza de la operación (se presume, sin más la compraventa, cuando en el juicio se expone con naturalidad la existencia de renting), la recompra operada en la mayor parte de los casos por la entidad que realiza y financia la operación, la "vida útil" en función de los plazos (21 a 60 meses), entre otros extremos, a los efectos de valorar la incidencia que ello pudiera tener en la cuantificación del perjuicio efectivamente sufrido.

2.2. Sobre el dictamen de KPMG.

Tampoco podemos acudir, para la cuantificación del daño, al informe emitido por KPMG aunque en el mismo se contenga un apartado III denominado "Nuestra cuantificación alternativa del supuesto daño en la



Actora" (página 82 y sucesivas, correspondientes al folio 85 y correlativos del tercero tomo del expediente) en el que se concluye que la actora no habría sufrido daño alguno, bien como consecuencia de los resultados del método que desarrolla ("comparación diacrónica temporal") bien por haber repercutido aguas abajo cualquier sobreprecio - que niega - sufrido.

Del análisis del dictamen resulta que:

- 1) El grueso del apartado 8 de la Sección III tiene por objeto justificar el método de cuantificación elegido (páginas 83 a 99) y los principales puntos del procedimiento seguido para su aplicación, para afirmar al final del apartado 8.2 que las técnicas econométricas son técnicas ampliamente extendidas, tanto a nivel académico como en el campo aplicado (página 99).
- 2) El apartado 9 intitulado "Resultados del análisis de regresión para los camiones Renault", y en particular del segmento de uso "Larga Distancia" - en el que se encuadran los camiones de la actora - concluye que para un período comprendido entre el mes de enero 2003 hasta el mes de diciembre de 2016, y sobre una muestra de 13.360 observaciones, el impacto de la infracción sería nulo desde el punto de vista estadístico, de manera que no se habría producido perjuicio alguno a los clientes de Renault del segmento en el que se encuentra la demandante. En consonancia con el punto de partida (apriorístico) del informe aprecia la ausencia de efectos a tenor de la interpretación que hace de la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016. Afirma rotundamente (página 103, apartado 9.2) que no hay daño alguno para la actora (daño cero).
- 3) Sin embargo, en el punto 10 relativo al análisis de traslación por la actora del eventual daño ("passing on") y tras escudarse en la ausencia de datos para establecer conclusiones en términos de certeza, concluye en que las dinámicas de mercado observadas *"permitiría presumir unas condiciones económicas favorables para que la Actora hubiera recuperado la totalidad de los costes incurridos en el desarrollo de su actividad económica"*, trasladando completamente a sus clientes cualquier sobreprecio que hubiera sufrido (página 110, al folio 113 del tomo tercero).

El informe indicado no provocó la convicción judicial en la instancia y tampoco provoca la nuestra, en primer lugar, porque el perito aprecia efecto cero en el contexto de una acción ejercitada al amparo de una Decisión de la Comisión que valora que la conducta sancionada tiene efectos apreciables sobre el comercio, atendiendo a las cuotas de mercado, el volumen de negocio de los Destinatarios de la Decisión en el espacio económico europeo, la dimensión geográfica de la infracción y la naturaleza transfronteriza de los productos afectados (apartado 85 de la Decisión), a lo que añadimos el amplio período de cartelización.

El magistrado "a quo" rechaza los argumentos vertidos en el dictamen de la parte demandada (que considera incoherente y apartado del contenido de la Decisión) y pone el acento en que las conclusiones son infundadas en la medida en que se sustenta sobre información y datos no aportados al proceso, suministrados por la demandada, por lo que al proyectarse sobre elementos ajenos al expediente a los que sólo él ha tenido acceso, considera que no se trata de una auténtica prueba pericial, sino más bien una prueba testifical, al tiempo que califica de "inaceptable" la respuesta (a su pregunta sobre la falta de puesta a disposición del Juzgado de los datos indicados) del Sr. Lucas sobre las razones de la no aportación de las fuentes de información a su dictamen (volumen y confidencialidad).

El informe no provoca nuestra convicción (explicaremos las razones) pero discrepamos de la consideración descrita en el apartado anterior, en la medida en que parte de una errónea interpretación del contenido del artículo 336.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que, en relación con la incorporación al dictamen escrito de los documentos, instrumentos o materiales adecuados para exponer el parecer del perito sobre el objeto de la pericia, dice: *" Si no fuese posible o conveniente aportar estos materiales e instrumentos, el escrito de dictamen contendrá sobre ellos las indicaciones suficientes. Podrán, asimismo, acompañarse al dictamen los documentos que se estimen adecuados para su más acertada valoración."*

En interpretación de la norma, la Sección 7ª (Gijón) de la Audiencia Provincial de Oviedo, en Sentencia de 5 de febrero de 2004 (ROJ: SAP O 439/2004 - ECLI:ES:APO:2004:439) declaró que la aportación de tales documentos no es una exigencia imperativa dado *" que el propio precepto contempla la posibilidad de que no fuese posible aportar estos materiales e instrumentos"* y en consecuencia, *" la omisión de tales documentos no invalida la prueba sin perjuicio de la valoración que de su resultado efectúe el Tribunal"*. Añade, en el caso enjuiciado: *" el informe pericial contiene indicaciones suficientes (Art. 336.2) sobre la documentación analizada, que ha sido un muestreo sobre la venta de cartones de bingo en varios días y en horario sustancialmente coincidente con el que se produjo el corte eléctrico. También resulta del informe que tras el muestreo obtuvo los promedios y que tras deducir una serie de gastos obtiene el importe del perjuicio causado, por lo que el método o procedimiento utilizado resulta del propio informe, completado con las aclaraciones vertidas en el acto del juicio [...]. El informe elaborado por el citado economista es medio de prueba apto para acreditar los daños y perjuicios causados a que alude el demandante, y bien pudo la parte demandada contradecir dicho informe*



*mediante la emisión de otro que amparase su alegato, o solicitar la exhibición de documentos a que alude el Art 328 L.E.C ." En la misma línea, la Sección de 16 de la Audiencia de Barcelona, en Sentencia de 7 de febrero de 2012 (ROJ: SAP B 1137/2012 - ECLI:ES:APB:2012:1137) tuvo por cumplida la norma en un supuesto en el que perito explicó en juicio que los datos por él manejados fueron obtenidos a través del manejo de los equipos informáticos de la compañía por personal de ésta pero en su presencia, por lo que el tribunal no advirtió " *qué clase de credibilidad suplementaria atribuiría al repetido dictamen pericial el hecho de que cada dato fáctico en él recogido fuese acompañado de una certificación de la propia operadora que adverase la correspondencia de esos datos con sus archivo*".*

En el supuesto que se somete a nuestra consideración, el dictamen emitido a instancia de la parte demandada es prueba pericial (y como tal se aportó y fue admitida en la Audiencia Previa) que cumple los requisitos del artículo 336.2 de la LEC, dado que si bien es cierto que no se adjunta a la misma el soporte documental relativo a las 13.360 observaciones en que se funda, no sólo no se oculta la procedencia de la información en que se sustenta el método que aplica, sino que en cada apartado que aborda se indica la fuente de que procede la información que maneja, ya sean los datos del Ministerio de Fomento del Gobierno de España, el Banco de España, la Comisión Europea, los datos suministrados por Volvo /Renault, incluso con indicación de su origen (ventas de prototipos de vehículos, ventas a organismos y entidades públicas, ventas de vehículos destinados a servicios públicos, ...) informes anuales y su fecha tanto de Renault como de Scania, Especificaciones de la compañía en relación con cada modelo, etc.

No consta que ninguno de tales documentos fuera reclamado por la parte adversa en la Audiencia Previa, ni que se pidiera expresamente su aportación a los efectos de la intervención del perito en el juicio para concretar la clase de intervención que se esperaba del mismo (art. 347 LEC), ni se expresó la conveniencia de su empleo en dicho acto para obtener una exposición completa del dictamen (art. 347.1. 1º LEC).

Y añadimos a lo anterior que el perito no eludió la respuesta a la pregunta formulada por el magistrado "a quo" para que expusiera las razones por las que no había incorporado la documentación al anexo de las observaciones realizadas, sino que la base de datos que había manejado con la información "está compuesta por una query (que según precisa la recurrente contiene la información de control de la gestión de Renault), una base de datos que me ha entregado el cliente en un formato que yo he tratado, ni siquiera en Excel, son una gran cantidad de información a la que yo he añadido parte de mi conocimiento en cuanto a tener que transformarlas y tratarlas adecuadamente, y entiendo que se trata de información que es propiedad del cliente, información confidencial, y pues teniendo en cuenta que mi informe ya está circulando por ahí porque me llegan mensajes, pues entiendo que ahí es una prudencia comercial de que esos datos (tampoco nadie me los ha pedido están ... no los he aportado como tal." Y a continuación, a preguntas de la letrada de la demanda afirma que gente que no tiene nada que ver ni con este procedimiento ni con otros interpuestos contra AB Volvo, le dicen que han leído su informe.

Consideramos que la respuesta no es baladí y responde a la previsión del artículo 336.2: no ser posible o conveniente su aportación, porque hablamos de volumen de la información y de confidencialidad de la misma.

Cuestión distinta es la valoración que hagamos de las conclusiones del informe.

En el presente caso, aun cuando se ha seguido método amparado en la Guía, y es relevante el número de observaciones efectuadas por el perito (de 13.360), no podemos obviar que la mayoría de los datos en que se sustentan las conclusiones del dictamen han sido facilitados por la parte que encomienda el informe, con elección de un período temporal concreto (cuestionado de contrario) y con un enfoque presidido por la negación de cualquier efecto que pudiera dar lugar a la más mínima indemnización (dentro de la lógica estrategia de defensa), lo que incide negativamente en su valoración, como ya ocurriera en la instancia.

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

- a) Los estudios estadísticos de la guía de la comisión ponen de relieve el altísimo porcentaje en el que los cárteles producen efectos (93%).
- b) La Comisión, en su nota de prensa de 19 de julio de 2016, contempla la posibilidad del ejercicio de acciones en reclamación de daños y perjuicios respecto de los afectados por las conductas sancionadas, lo que se vincula a la presunción de la existencia de efectos, y consecuentemente, de daños.



c) El informe emitido por KPMG sólo formalmente contiene una cuantificación alternativa del daño (daño cero) y niega la existencia de sobrecoste repercutido obviando que en los propios estudios de la Comisión se estima que en el 93% de los casos de cartelización se producen efectos de diversa índole. Esa presunción juega a favor de la parte actora. Incumbe a la entidad sancionada por la infracción de las normas de la competencia acreditar que se encuentra dentro de ese margen residual del 7%, y no lo consideramos probado en este caso, máxime cuando se dice en el recurso de apelación (página 84), por referencia al dictamen pericial, que la diferencia de precio del 0.00163% que resultaría del mismo es prácticamente nula e insignificante desde la perspectiva estadística, pero no deja de ser un porcentaje positivo.

3.- "Passing on"

Para resolver esta cuestión, vinculada a la valoración de los informes periciales aportados por las partes, retomamos los criterios que resultan de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013 (ROJ: STS 5819/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5819) cuando dice: "*Si los perjudicados por una conducta contraria al Derecho de la competencia ejercitan las acciones pertinentes para hacer efectivo su derecho a ser indemnizados por los daños sufridos como consecuencia de esa conducta ilícita, la carga de la prueba de los hechos que obstan el éxito de la acción corresponde al demandado que los alega.*" Y añade más adelante: "*en el caso de reclamación indemnización por los daños causados por la actuación del cartel consistente en la concertación del incremento de precios, no es suficiente probar que el comprador directo ha aumentado también el precio de sus productos. Es necesario probar que con ese aumento del precio cobrado a sus clientes ha logrado repercutir el daño sufrido por el aumento del precio consecuencia de la actuación del cártel. (...) No se ha practicado prueba adecuada para acreditar tal extremo, pues la prueba propuesta y practicada solo acredita extremos relativos a la repercusión del aumento del precio. La inactividad probatoria de la parte demandada sobre este particular ha sido casi absoluta por cuanto que partía de la base de que no había existido cártel y los precios habían sido negociados.*"

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

No consta que esa hipotética transmisión haya operado con ocasión de la aplicación de las tarifas del transporte a los clientes. Y tampoco podemos extraer la conclusión pretendida por la parte demandada del hecho de que la actora no sea la titular de los camiones, a tenor de la dinámica de la operativa que rigió entre las partes, que hemos ido reseñando al examinar y valorar la prueba practicada a las actuaciones.

Lo expresado es suficiente para desestimar el motivo de apelación y confirmar la resolución apelada en lo que se refiere a este extremo.

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

La sentencia apelada, ante la falta de prueba pericial apta para cuantificar el daño, acude al mecanismo de la estimación judicial del perjuicio (Fundamento Sexto) y fija en el 5% del precio de adquisición neto de los camiones (que tiene por probado), el daño sufrido por la demandante, sustentado su decisión en la distribución porcentual de umbrales de sobreprecio aplicados por cárteles que fijan sobrepuestos, en el informe Oxera de 2009, aceptado por la Comisión. En el marco indicado considera razonable ese porcentaje de del 5% como media entre los umbrales mínimos y máximos que intervienen como común denominador del 93% de los cárteles que aplican sobrepuestos.

La parte actora valora insuficiente la indemnización fijada a tenor del contenido del propio informe Oxera (en los términos que ya hemos descrito) y las codemandadas, por el contrario, postulan la íntegra desestimación de la demanda por las siguientes razones: a) porque consideran que no concurre un escenario de dificultad probatoria que permita la aplicación de la doctrina ex re ipsa, dado que el perito de la actora ha examinado facturas de más de 6.000 camiones con ocasión de la confección de una pluralidad de informes vinculados al cártel que nos ocupa, y tuvo la opción de aplicar alguno de los métodos recomendados por la Guía de la Comisión, b) porque la sentencia apelada, amen de incurrir en el motivo de reproche que realiza al informe de la actora (determinación del importe del daño por referencia a un porcentaje estadístico) no ha tenido en cuenta las circunstancias del caso concreto, utilizando para la cuantificación del daño el dato aislado del precio de compra de los camiones, ignorando la ulterior reventa de todos ellos, y confundiendo sobrecoste con daño, y c) añade a lo anterior que la demandante nunca pagó el precio completo, tal y como se desprende de la prueba practicada en el acto de juicio y de los documentos aportados a consecuencia del requerimiento derivado de la Audiencia Previa.

La sala estima que el recurso de la actora no puede ser acogido, pero tampoco la pretensión absolutoria que postula la demandada, porque en el caso sometido a nuestra decisión, concurren los presupuestos necesarios



para la aplicación de la doctrina *ex re ipsa*. Pese a lo argumentado por la actora, el escenario de dificultad probatoria y asimetría informativa existe, y en este sentido damos por reproducidos los argumentos de la sentencia apelada.

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

Esta Sala, en resoluciones de 16 y 20 de diciembre de 2019 declaró, atendida la prueba practicada en aquellos procedimientos, que la cantidad del 5% del precio neto del camión litigioso, era proporcionada y debía confirmarse en su cuantía (por distintos argumentos de los expresados en las sentencias apeladas). Se trataba de supuestos distintos al que ahora nos ocupa, en que los adquirentes de los camiones seguían siendo sus propietarios, ya por adquisición directa, ya tras el acceso a la propiedad a través de un contrato de leasing.

La confirmación del porcentaje del 5% no respondía a una decisión caprichosa o arbitraria de la Sala, sino al respeto de la facultad discrecional del órgano de instancia de cuantificar el daño, razón por la que hacíamos cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2006 (ROJ: STS 5866/2006 - ECLI:ES:TS:2006:5866), en la que se declara que la cuantificación de las indemnizaciones es competencia exclusiva de los órganos judiciales, valorando caso por caso las pruebas practicadas en autos. Dicho criterio se reitera en la Sentencia de 21 de junio de 2007 (ROJ: STS 4479/2007 - ECLI:ES:TS:2007:4479).

Y exponíamos como elementos de sustento de nuestra decisión, los siguientes (sentencia de 20 de diciembre de 2019, Rollo 1032/19):

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

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

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

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

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



Ello nos sitúa en el rango del 5%, coincidente con el fijado en la instancia apelada, pero no en concepto de sobreprecio. Somos conscientes de que sobreprecio y daño no son términos equivalentes, pues ya tuvo ocasión de declararlo la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013 con ocasión del análisis de la defensa del "passing on."

[...].

3) La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013 rechazó, como criterio de cuantificación, las decisiones "salomónicas", exigiendo al órgano de instancia justificar su decisión. Pues bien, para fijar la conclusión expresada hemos tomado en consideración los elementos resultantes de la Decisión de la Comisión, los criterios jurisprudenciales que establecen elementos de ponderación, y la prueba practicada en el proceso. En particular, hemos valorado: a) La naturaleza del cártel, en el que la conducta sancionada no es la fijación de precios netos, sino el intercambio de información en relación con las listas de precios brutos, b) las características del mercado de camiones (altamente cíclica) c) la heterogeneidad del producto final (descrito en el párrafo 26 de la Decisión) con la enorme posibilidad de variantes que inciden en el precio de venta de cada camión, d) la propia política de enormes descuentos aplicados a los compradores de camiones en los precios de venta sobre el precio de lista bruto inicial (descrita en el apartado 27 de la Decisión). Pero también, la dificultad probatoria (tanto en lo que concierne a la información disponible como a la elección y desarrollo de un método adecuado de cuantificación) y el desequilibrio en la posición de las partes para rechazar el argumento de daño cero a que se refiere la parte demandada, que niega cualquier sobreprecio, daño o incidencia de la conducta infractora en el comportamiento del mercado. O la eventual incidencia de crisis económica y la ausencia de datos para valorar sus efectos en el amplio periodo de cartelización."

Siguiendo los mismos criterios apuntados, hemos de dar solución al caso que ahora se somete a nuestra consideración, dado que las demandadas recurrentes cuestionan la cuantificación del perjuicio por referencia al precio de compra de los camiones, con el argumento de que nunca se verificó el pago del completo precio.

Sin perjuicio de remitirnos a nuestras anteriores consideraciones sobre el resultado de la prueba, añadimos ahora que con ocasión de la Audiencia Previa, la demandada solicitó la aportación de determinados documentos de la demandante. Ello motivó, previa interposición de recurso de reposición por la inicial denegación, que por Auto de 17 de diciembre de 2018 (folio 2 y sucesivos del tomo quinto) se acordase requerir a LLACER Y NAVARRO SL para que aportase, en relación con los camiones indicados en la demanda, la copia de los contratos de arrendamiento financiero, del ejercicio de la opción de compra derivadas de los anteriores y los documentos acreditativos de la venta, transmisión y baja de los vehículos citados en la demanda y acreditación de las cantidades percibidas como consecuencia de la venta o transmisión.

La parte actora, en cumplimiento parcial del requerimiento (folio 57 y siguientes del tomo quinto) aportó el 7 de diciembre de 2018, 88 documentos consistentes en la fotocopia de las facturas de venta de camiones a Scania Hispania SA, Renault Trucks España SL, Trans Calafat SL (documento 62 al folio 122), y D. Jesús (documento 83 al folio 143 del tomo). De esos 88 documentos se desprende la transmisión de los camiones, en diversas fechas de los años 2005, 2006, 2008 y 2009 y por precios de venta muy homogéneos, en concreto: en un solo caso el importe - antes de impuestos - fue de 36.060 euros, y para el resto de las ventas, el precio - antes de impuestos - fue de 40.000 euros, de 43.000 euros, de 49.884 euros o de 58.384 euros.

Se añade a lo anterior un listado (folios 152 y 153) del que resulta el precio inicial y el precio de venta. A título de ejemplo, un camión readquirido por Renault el 14 de diciembre de 2005 por 49.884 euros, tenía un precio de adquisición el 14 de enero de 2004, de 69.116 euros. Un camión readquirido el 20 de marzo de 2006 por 58.384 euros, tenía un precio de adquisición el 16 de junio de 2004 de 69.116 euros. Uno readquirido por Renault por 40.000 euros el 17 de julio de 2008 tenía como valor de adquisición a 22 de septiembre de 2004, de 69.116 euros, o finalmente, uno readquirido por 43.000 euros el 16 de abril de 2008, tenía un precio de adquisición el 25 de noviembre de 2004 de 69.116 euros. Los precios de adquisición inicial, con excepción de dos de los casos recogidos en el listado (en que el precio inicial se sitúa en torno a los 43.000 euros), oscilaron entre los 61.000 euros y los 70.600 euros. También se obtiene del documento - para el mayor número de casos - el período temporal transcurrido entre la adquisición y la transmisión, dado que aparecen las fechas en que se produjeron. Ello ha servido a la demandada para la confección del cuadro que incorpora a los folios 111 y siguientes de su recurso.

Siendo así, para este concreto caso sometido a nuestra decisión, consideramos que el 5% no puede aplicarse sobre el precio inicial de los camiones litigiosos, porque la actora no lo abonó íntegramente.

De la prueba practicada en autos, valorada en su conjunto, se concluye que la media de pago para el período de uso de tres años del camión, era del 35% del precio inicial (esta afirmación no ha sido combatida en la oposición al recurso de las demandadas, en la que nada se dice sobre este tema) y sobre ese porcentaje es sobre el que aplicamos el 5%.



Ello implica el rechazo de los demás argumentos relativos a la incongruencia matemática de la fórmula de cálculo fijada en la sentencia o la incidencia de los descuentos - práctica habitual en la compraventa de camiones, según se describe en la propia decisión de la comisión -, porque el precio neto inicial ya tenía los descuentos aplicados.

Los descuentos y la capacidad de negociación de la demandante no afecta a la determinación del perjuicio, porque el punto de partida es el precio resultante de esa negociación, que sigue afectado por el sobrepeso, dado que todos esos factores formaban parte de la descripción del mercado que resulta de la Decisión de la Comisión y de la información que se trasladaban entre sí las infractoras para dotarlo de una mayor transparencia.

Siendo así, de la documentación obrante en autos (en relación con el cuadro elaborado por la actora en su escrito de demanda, al que se refieren las facturas aportadas) resulta:

- b) Un total de 70 camiones por precio neto de 69.116 euros unidad.
- i) Un total de 15 camiones por precio neto de 70.618 euros unidad.
- ii) Un total de 5 camiones por precio neto de 61.603,74 euros unidad.
- iii) Un total de 5 camiones por precio neto de 63.326,16 euros unidad.
- iv) Un total de 5 camiones por precio neto de 67.613,86 euros unidad.
- v) 3 camiones por precio neto de 68.827,91 euros la unidad.
- vi) 2 camiones por precio neto de 64.450,13 euros cada uno de ellos.
- vii) 1 camión por importe neto de 61.249,69 euros.
- viii) 1 camión por importe neto de 49.880,70 euros.
- ix) 1 camión por importe neto de 43.272,87 euros.

Ello implica (s.e.u.o) un importe global de 7.349.896,05 euros, de los que la parte actora habría abonado el 35%, equivalente a 2.572.463,65 euros.

El 5% de la última de estas cantidades asciende a 128.623.18 euros, y este es el importe que las demandadas deberán satisfacer a la actora, en lugar del indicado en la parte dispositiva de la sentencia apelada, que se remite " *al precio de adquisición de los ciento ocho vehículos que se relacionan en el escrito de demanda*", pronunciamiento que se revoca.

DÉCIMO. - Sobre la sección cuarta del recurso de AB VOLVO y RENAULT TRACKS SAS. Intereses.

La siguiente cuestión controvertida es la que se refiere al devengo de los intereses.

La demandante sostiene que procede la condena al pago desde la fecha en que operó la compra de cada uno de los camiones afectados (criterio acogido en la instancia por Auto de 18 de abril del 2019, dictado en aclaración de sentencia), y la parte demandada alega, en la Sección Cuarta del recurso: a) la infracción del artículo 215.2 de la LEC por no haberse dado traslado de la solicitud de rectificación de la sentencia, b) incongruencia extra petita, a tenor del contenido de la demanda, c) la infracción de los artículos 1101 y 1108 del C. Civil por considerar que no procede el devengo de los intereses que se postulan por la actora.

Pasamos a pronunciarnos sobre los indicados aspectos:

Primero: Ciertamente, y visto el contenido del escrito por el que se postulaba la aclaración de la Sentencia - cuyo objeto era la modificación del pronunciamiento ya recaído sobre intereses - la Sala considera que debiera haberse dado traslado a la parte demandada, pues aun sustentada la petición en la alegación de un error material, la rectificación que se postulaba no era irrelevante en la medida en que implica una revisión del alcance del pronunciamiento sobre intereses, que es una partida económica importante en estos procedimientos.

Dicho esto, y aún cuando alega la nulidad del Auto de 18 de abril de 2019, no cabe acoger tal pronunciamiento porque ninguna indefensión se ha generado a la parte dado que: a) La sentencia ya fijaba el criterio aplicable en materia de intereses, aunque entendía que no se había formulado correctamente la petición en el suplico, lo que corrige a la vista del escrito de la actora, b) porque al recurrir de la resolución definitiva ha podido articular las razones por las que considera que no procede el devengo de intereses desde la fecha acordada y de facto, las ha alegado, por lo que hemos de estar a lo establecido en el artículo 465.4 de la LEC cuando prevé que el vicio o defecto procesal pueda ser subsanado en la alzada, que es lo que en realidad acontece al caso, al haberse planteado la cuestión, sobre la que nos pronunciaremos, dando respuesta a la recurrente.



Segundo: No apreciamos la incongruencia que se denuncia ni la infracción de las normas del C. Civil a que se refieren las demandadas.

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

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

En el suplico de la demanda (página 93) se pidió, en el apartado 1 (in fine) "los intereses que debidamente correspondan" y en el 2: "La Condena al pago de los intereses procesales desde la interposición de la presente demanda hasta el completo pago de lo declarado en Sentencia."

Ciertamente, el suplico no es claro, porque los intereses procesales no se devengan desde la interposición de la demanda, sino, en su caso, desde la sentencia (conforme al artículo 576 de la LEC). Sin embargo, en el apartado c) del fundamento jurídico Décimo de la demanda (folios 79 y 80 del primer tomo), la actora postula los intereses desde la fecha de adquisición de los vehículos, con invocación de la Guía Práctica de la Comisión y cita de pronunciamientos en los que se apoya lo que se pide, integrando con ello el suplico de la demanda.

Desestimamos, en consecuencia, el motivo de apelación planteado y confirmamos la resolución de instancia en su pronunciamiento sobre intereses (el Auto de 18 de abril de 2019 es parte integrante de la misma, a tenor del contenido del artículo 214.4 de la LEC, al quedar sujeta al recurso que proceda contra la resolución aclarada).

UNDÉCIMO. - Sección Quinta del recurso de AB VOLVO y RENAULT TRUCKS SAS. Sobre la condena en costas contenida en los Autos de 5 de octubre y 9 de noviembre de 2018.

El último motivo de apelación tiene por objeto la revisión del pronunciamiento sobre costas contenidos en los Autos de 5 de octubre de 2018 (al tomo segundo, folio 187 del mismo) y de 9 de noviembre de 2018 (al tomo tercero, folio 403).

En el primero de ellos se resuelve sobre la declinatoria de jurisdicción internacional que había promovido la parte demandada y en el segundo se desestima el recurso de reposición formulado contra el anterior.

Al haber hecho uso del recurso de reposición, la parte demandada dejó expedita la vía para poder reproducir la cuestión con ocasión del recurso de apelación contra la sentencia definitiva, con arreglo al contenido del artículo 66.2 de la LEC.

La parte no reproduce ahora la falta de jurisdicción que motivo la presentación de la declinatoria, sino que simplemente cuestiona el pronunciamiento impositivo sobre costas alegando dudas de derecho, con cita de la existencia de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Asunto C-452/18) y del Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2019.

La sala considera que no procede acoger el recurso de apelación en este punto.

De facto, la recurrente consiente el pronunciamiento principal, y al tiempo en que lo hace ya se ha pronunciado sobre la jurisdicción de los Tribunales españoles, la Audiencia Provincial de Lugo por Auto de 12 de noviembre de 2018 (ROJ: AAP LU 90/2018 - ECLI:ES:APLU:2018:90A) y de 9 de enero de 2019 (ROJ: AAP LU 12/2019 - ECLI:ES:APLU:2019:12 A) en las que se citan las Sentencias del TJUE de 21 de mayo de 2015 (asunto C-352/13, caso Hydrogen Peroxide) y de la Sala Primera del Tribunal Supremo 651/2013, de 7 de noviembre (cartel del azúcar), en relación con las acciones de resarcimiento de daños derivados de actos infractores de normas de defensa de la competencia.

Por otra parte, el Tribunal Supremo no sólo se ha pronunciado en el Auto citado por la parte de 26 de febrero de 2019, sino que ha reiterado el criterio en Autos de 19 de marzo de 2019 (ROJ: ATS 3430/2019 -



ECLI:ES:TS:2019:3430 A), 2 de abril de 2019 (ROJ: ATS 4967/2019 - ECLI:ES:TS:2019:4967 A), 7 de mayo de 2019 (ROJ: ATS 5015/2019 - ECLI:ES:TS:2019:5015 y ROJ: ATS 5151/2019 - ECLI:ES:TS:2019:5151), 18 de junio de 2019 (ROJ: ATS 7499/2019 - ECLI:ES:TS:2019:7499 A), 25 de junio de 2019 (ROJ: ATS 7282/2019 - ECLI:ES:TS:2019:7282 A), 9 de julio de 2019 (ROJ: ATS 7830/2019 - ECLI:ES:TS:2019:7830 A), 8 de octubre de 2019 (ROJ: ATS 10149/2019 - ECLI:ES:TS:2019:10149 A), 5 de octubre de 2019 (ROJ: ATS 10564/2019 - ECLI:ES:TS:2019:10564A) y 12 de noviembre de 2019 (ROJ: ATS 11930/2019 - ECLI:ES:TS:2019:11930A).

DÉCIMO SEGUNDO. - Costas de la primera instancia y de la apelación.

11.1. Pronunciamiento sobre costas de la primera instancia.

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

11.2. Costas de la apelación.

En lo que se refiere a la petición formulada por la representación demandada de la imposición de costas en apelación a la parte recurrida si se opusiera al recurso, este Tribunal ha venido manteniendo en interpretación del artículo 398.2 de la LEC que no puede pretenderse con fortuna por quien recurre que se impongan a la parte apelada las costas de la alzada, dado que el precepto establece expresamente que en caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.

Siendo el recurrente la única parte que ha dado lugar y ocasionado con su impugnación la realización de actuaciones procesales en la segunda instancia (que no han sido provocadas por quien no apeló), ello determina que no sea éste, sino aquel, quien haya de correr con el riesgo de la imposición de las costas de la apelación si su apelación es desestimada, mientras que el triunfo de su recurso sólo podrá dar lugar a que no se haga expresa condena por tal concepto, pero no a que se impongan a la parte que sólo se personó en la alzada para defender la Sentencia dictada.

En consecuencia, ni siquiera la hipotética estimación del recurso de apelación podría originar la condena de la apelada al pago de las costas de la alzada que se pidió por el recurrente.

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

La desestimación del recurso de apelación de la actora determinaría, a priori, la imposición de las costas procesales con arreglo al artículo 398 de la LEC.

Sin embargo, aquí si concurren razones para no hacer tal imposición, tanto por razón de la complejidad de las cuestiones sometidas a nuestra decisión, como por la existencia de pronunciamientos judiciales en la instancia de diverso signo (tanto en materia valoración de la concurrencia de los presupuestos de la acción ejercitada, como de cuantificación del daño), lo que nos conduce a no imponer costas a ninguna de las partes litigantes en este proceso.

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

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

FALLO

ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso formulado por la representación de las entidades AB VOLVO y RENAULT TRUCKS SAS contra la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 3 de Valencia de 13 de marzo de 2019, aclarada por Auto de 18 de abril del mismo año, en el particular relativo al importe de la condena que se fija en CIENTO VEINTIOCHO MIL SEISCIENTOS VEINTITRÉS EUROS CON DIECIOCHO CÉNTIMOS. Confirmamos el resto de los pronunciamientos dictados, sin hacer pronunciamiento impositivo en costas de la alzada, y con restitución del importe del depósito constituido para apelar.

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

Notifíquese esta resolución a las partes y, de conformidad con lo establecido en el art. 207.4 L.E.C, una vez transcurridos los plazos previstos, en su caso, para recurrir sin haberse impugnado, quedará firme, sin



necesidad de ulterior declaración; procediéndose a devolver los autos originales, junto con certificación literal de la presente resolución y el oportuno oficio, al Juzgado de su procedencia.

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

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

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOS