



Roj: **SAP MU 1308/2019 - ECLI:ES:APMU:2019:1308**

Id Cendoj: **30030370042019100464**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Murcia**

Sección: **4**

Fecha: **20/06/2019**

Nº de Recurso: **180/2019**

Nº de Resolución: **470/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **RAFAEL FUENTES DEVESA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Murcia, núm. 1, 16-10-2018,
SAP MU 1308/2019**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

MURCIA

SENTENCIA: 00470/2019

Modelo: N10250

SCOP CIVIL, PASEO DE GARAY, Nº 5, MURCIA

-

Teléfono: 968 229119 **Fax:** 968 229278

Correo electrónico:

Equipo/usuario: JML

N.I.G. 30030 47 1 2018 0000282

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000180 /2019

Juzgado de procedencia: JDO. DE LO MERCANTIL N. 1 de MURCIA

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000148 /2018

Recurrente: Paloma

Procurador: REBECA PEREZ MORALES

Abogado: FERNANDO GARCIA DE ANGELA LUCAS

Recurrido: MAN SERVICES ESPAÑA SL

Procurador: ANTONIO DE VICENTE Y VILLENA

Abogado: FERNAN CASTIÑEIRA VARELA

SENTENCIA Nº 470

Ilmos. Sres.

Don Juan Martínez Pérez

Presidente

Don Francisco José Carrillo Vinader



Don Rafael Fuentes Devesa

Magistrados

En la ciudad de Murcia, a veinte de junio de dos mil diecinueve

Esta Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia ha visto en grado de apelación los presentes autos de procedimiento ordinario que con el número 148/2018 se han tramitado en el Juzgado Mercantil nº 1 de Murcia entre las partes, como demandante y ahora apelante y apelada Paloma , representada por el/la Procurador/a Sr/a Pérez Morales, y asistida por el/la Letrado/a Sr/a García de Ángela Lucas, y de otra como demandada y ahora apelante y apelada, MAN FINANCIAL SERVICES ESPAÑA, S.L, representado por el/la Procurador/a Sr/a de Vicente y Villena, y asistida por los Letrado/a/s Sr/a García Gómez y Esmorís Ruiz de Alegría . Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Rafael Fuentes Devesa, que expresa la convicción del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO- El Juzgado Mercantil citado dictó sentencia en estos autos con fecha 16 de octubre de 2018 cuyo Fallo es del siguiente tenor literal :*" Que estimando falta de legitimación pasiva en la demandada, se desestima íntegramente la demanda interpuesta por Dña. Paloma , representada por la Procuradora Dña. Rebeca Pérez Morales, y asistida por el Letrado D. Fernando García de Ángela Lucas, contra la mercantil "MAN FINANCIAL SERVICES ESPAÑA, S.L.", representado por el Procurador D. Antonio de Vicente y Villena, y asistida por la Letrada Dña. Beatriz García Gómez en sustitución del Letrado D. Fernán Castiñeira Valera, por lo que debo absolver y absuelvo a la demandada de los pedimentos que se realizaban en su contra, y todo ello sin condena en costas, estándose a lo establecido en el fundamento de derecho quinto de la presente resolución."*

En fecha 23 de octubre de 2018 se dicta auto rectificando el error en la indicación de los recursos.

SEGUNDO . - Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la demandante interesando su revocación y la estimación de la demanda. Se dio traslado a la otra parte, que formula oposición e impugnación de la sentencia, de la que se dio traslado a la contraparte

TERCERO . - Previo emplazamiento de las partes, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial, en cuya Sección Cuarta se registraron con el número de Rollo 180/2018 y se señaló para votación y fallo el día 19 de junio de 2019.

CUARTO . - En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Planteamiento

1. El presente procedimiento se inicia por demanda interpuesta por Paloma contra MAN FINANCIAL SERVICES ESPAÑA, S.L, (en adelante MAN FINANCIAL ESPAÑA). En ella se limita a exponer que en fecha 22 de abril de 2008 concertó con MAN SERVICES ESPAÑA SL sendos contratos de leasing (aunque en la demanda indique que son renting) cuyo objeto fueron dos cabezas tractoras MAN por importe de 106.692,60 € y 95. 259,00 €, ascendiendo el total de ambas operaciones a 201,951, 60€ y que existe un sobreprecio de 57.318,90 € (según dictamen pericial que aporta), derivado de conductas contrarias al derecho de la competencia, refiriendo que la Comisión de la Unión Europea detectó la existencia de un cártel o agrupación de empresas fabricantes y vendedoras de cabezas tractoras de camiones, en concreto de los fabricantes, Daf, Daimler-Mercedes, Iveco, Man, Renault-Volvo y Scania, cuya finalidad era establecer un acuerdo unificado de precios, objeto de sanción por Decisión de 19 de julio de 2016, indicando literalmente que dicha Decisión " *declara que efectivamente las empresas indicadas, entre ellas la demandada, a través de su matriz, ha llevado a cabo conductas de colusión contrarias a las normas de la libertad de competencia, imponiendo determinadas sanciones y abriendo la vía al ejercicio por parte de cada uno de los consumidores, y en razón a cada uno de los contratos suscritos, de la pertinente acción de daños y perjuicios*". Su fundamentación jurídica se reduce a invocar el artículo 1 numero 1 a) de la Ley de Defensa de la Competencia , el artículo 1.101 y 1124 del Código Civil y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y la Directiva 2014/104/UE, denominada Directiva de Daños, promulgada el 26 de noviembre de 2014.

2. La sentencia, tras resumir la posición de las partes y unas menciones genéricas a la normativa aplicable y sobre los cárteles, desestima la demanda por apreciar falta de legitimación pasiva de la demandada, sin efectuar imposición de costas. Tras reseñar que MAN FINANCIAL SERVICE ESPAÑA perteneció al grupo MAN hasta el 1 de enero de 2014, y desde dicha fecha, tras su desvinculación, pasó a ser su socio único VOLKSWAGEN FINANCE S.A, solventa la cuestión indicando



" Por tanto, la demandada desde 2014 no pertenece al grupo MAN, por lo que no es destinataria de la Decisión de 19 julio de 2016, sin que se haya acreditado ni que participara en la conducta sancionada en la misma, ni que, como arrendadora financiera, interviniera en la determinación del precio de los vehículos objeto del presente procedimiento"

3. La entidad demandante solicita su revocación y la estimación de la demanda, por error en la apreciación de la falta de legitimación pasiva

4. La parte demandada MAN FINANCIAL ESPAÑA solicita la confirmación de la sentencia, salvo en lo relativo a la ausencia de condena en costas, formulando impugnación de la sentencia por vulneración de lo prevenido en el artículo 394 LEC Oposición al recurso que sustenta, en síntesis , en los siguientes motivos: 1º) inexistencia de error en la valoración de la prueba, atendidos los límites de esa valoración en segunda instancia;2º) falta de legitimación pasiva de MAN FINANCIAL España;3º) inexistencia del daño; 4º) inaplicación de los artículos 1.124 y 1.101 CC y 5º) improcedencia de la acción de responsabilidad extracontractual ex. art. 1902 CC por (a) haber prescrito y, en todo caso, (b) no concurrencia de los requisitos para su estimación

Segundo. - El ámbito de la apelación y marco fáctico relevante

1. Ante las alegaciones de la apelada sobre la valoración de la prueba en segunda instancia, debemos recordar, como hemos dicho en precedentes ocasiones -por todas Sentencia de este Tribunal de 21 de septiembre de 2017 y 15 de noviembre de 2018 - que el sistema procesal español inviste al tribunal de apelación de las mismas facultades que el Juez de la primera instancia y permite un nuevo examen completo de la cuestión litigiosa, valorando la prueba y decidiendo las cuestiones jurídicas planteadas según su propio criterio dentro de los límites que imponen la prohibición de la reforma peyorativa y el principio tantum devolutum quantum appellatum (por todas STS 1 de octubre de 2012). Por tanto, no es cierto que el ámbito de valoración de la actividad probatoria practicada en la instancia por este tribunal se encuentre constreñida en los términos propuestos por la apelada, pues es doctrina del TS, expuesta, entre otras, en la sentencia de 4 de diciembre de 2015 la que dice:

"Esta Sala, en jurisprudencia pacífica y reiterada con frecuencia, ha rechazado que la valoración de la prueba realizada en primera instancia solo pueda ser revisada por la Audiencia Provincial en caso de que conduzca a exégesis erróneas, ilógicas o que conculque preceptos legales, o sus conclusiones sean absurdas, irracionales o arbitrarias.

En nuestro sistema procesal, el juicio de segunda instancia es pleno y en él la comprobación que el órgano superior hace para verificar el acierto o desacierto de lo decidido en primera instancia es una comprobación del resultado alcanzado, en la que no están limitados los poderes del órgano revisor en relación con los del juez "a quo". Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional (STC 212/2000, de 18 de septiembre), y así lo ha declarado esta Sala, a la que cualquier pretensión de limitar los poderes del tribunal de apelación le ha merecido "una severa crítica" (sentencias de esta Sala de 15 de octubre de 1991 , y núm. 808/2009, de 21 de diciembre).

Es perfectamente lícito que el recurrente en apelación centre su recurso en criticar la valoración de la prueba hecha en la sentencia de primera instancia, e intente convencer al tribunal de segunda instancia de que su valoración de la prueba, aun parcial por responder a la defensa lícita de los intereses de parte, es más correcta que la sin duda imparcial, pero susceptible de crítica y de revisión, del Juez de Primera Instancia.

Así lo hemos declarado en la sentencia núm. 649/2014, de 13 de enero de 2015 "

2.Sin perjuicio de otros extremos, son datos no controvertidos que sirven para fijar el marco fáctico relevante los siguientes: (i) en 2008 se firmaron entre la actora y MAN FINANCIAL SERVICE ESPAÑA dos contratos de arrendamiento financiero cuyo objeto eran dos cabezas tractoras en 2008 por importe total de 201,951, 60€ ; (ii) MAN FINANCIAL SERVICE ESPAÑA perteneció al grupo MAN hasta el 1 de enero de 2014, y desde dicha fecha, su socio único es VOLKSWAGEN FINANCE S.A. y, a su vez, el socio único de esta última es Volkswagen Financial Services AG y (iii) que la Comisión ha apreciado en Decisión de 19 de julio de 2016 la existencia de prácticas contrarias a la libre competencia. Según resumen publicado en el DOCE 1717"los destinatarios de la Decisión son las siguientes entidades: MAN SE, MAN Truck & Bus AG, MAN Truck & Bus Deutschland GmbH (en lo sucesivo, conjuntamente denominados "MAN"); Daimler AG (en lo sucesivo, "Daimler"); Fiat Chrysler Automobiles N.V., CNH Industrial N.V., Iveco S.p.A., Iveco Magirus AG (en lo sucesivo, conjuntamente denominados "Iveco "); AB Volvo (publ), Volvo Lastvagnar AB, Renault Trucks SAS, Volvo Group Trucks Central Europe GmbH, (en lo sucesivo, conjuntamente denominados "Volvo/Renault"); PACCAR Inc., DAF Trucks Deutschland GmbH, DAF Trucks N.V., DAF (en lo sucesivo, conjuntamente denominados "DAF") ", y en lo que aquí interesa , reseña lo siguiente

"8. Los productos afectados por la infracción son los camiones con un peso de entre 6 y 16 toneladas (en lo sucesivo, "camiones medios") y los camiones de más de 16 toneladas ("camiones pesados"), tanto camiones



rígidos como cabezas tractoras (en lo sucesivo, los camiones medios y pesados se denominan conjuntamente "camiones"). El asunto no se refiere al servicio posventa, otros servicios y garantías de los camiones, la venta de camiones de segunda mano ni ningún otro bien ni servicio

9. *La infracción consistió en acuerdos colusorios sobre la fijación de precios y los incrementos de los precios brutos de los camiones en el EEE; y el calendario y la repercusión de los costes para la introducción de tecnologías de emisiones en el caso de los camiones medios y pesados exigida por las normas EURO 3 a 6. Las centrales de los destinatarios participaron directamente en la discusión sobre los precios, los incrementos de precios y la introducción de nuevas normas de emisiones hasta 2004. Al menos desde agosto de 2002, se mantuvieron conversaciones a través de filiales alemanas que, en diversos grados, informaron a sus centrales. El intercambio tuvo lugar tanto a nivel multilateral como bilateral.*

10. *Estos acuerdos colusorios incluyeron acuerdos o prácticas concertadas sobre la fijación de precios y los aumentos de precios brutos con el fin de alinear los precios brutos en el EEE y el calendario y la repercusión de costes para la introducción de las tecnologías de emisiones exigida por las normas EURO 3 a 6.*

11) *La infracción abarcó la totalidad del EEE y duró desde el 17 de enero de 1997 hasta el 18 de enero de 2011", si bien para MAN se reduce hasta el 20 de septiembre de 2010*

A ello debemos añadir de la documental aportada en la contestación las siguientes consideraciones: (i) que la titularidad de los vehículos consta inscrita en el Registro de Bienes Muebles a favor de la demandada, al no acreditarse por la actora su definitiva y efectiva adquisición a través del abono de la totalidad de las cuotas de financiación y (ii) que ante el impago de cuotas se sigue a instancia de la demandada contra la actora autos del procedimiento de Ejecución de Títulos Judiciales 231/2017 ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Totana por un total de 517.747,01€

Recurso de la actora

Tercero - La legitimación pasiva de MAN FINANCIAL SERVICES ESPAÑA

1. El recurso es su alegación única imputa error en la valoración de la prueba al no apreciar la legitimación pasiva de la demandada.

Reitera, en esencia, su demanda, indicando que se ha producido un sobreprecio en la adquisición de las cabezas tractoras, refiriendo la existencia del cártel de empresas fabricantes y vendedoras de camiones sancionado por la Unión Europea, " *en la que declara que efectivamente las empresas indicadas, entre ellas la demandada, a través de su matriz, ha llevado a cabo conductas de colusión contrarias a las normas de la libertad de competencia* ", sin que quepa apreciar falta de legitimación pasiva cuando los contratos se suscribieron dentro del periodo de vigencia establecido por la Comisión, no siendo relevante que desde 2014 ya no pertenezca al grupo MAN por ser absorbida por VOLSWAGUEN; extremo que no le libera de responsabilidad, ya que lo determinante es que la demandada sí formaba parte del grupo empresarial MAN en 2008 y la Decisión de la Comisión afecta a los camiones de la marca MAN adquiridos desde Enero de 1997 a Septiembre de 2010, siendo perjudicados los adquirentes de camiones de las marcas MAN, Volvo/Renault, Daimler, Iveco, DAF y Scania en dicho periodo o quienes suscribieron un contrato de leasing en esos años, que pueden reclamar incluso aunque hayan vendido el vehículo con posterioridad.

A continuación desglosa una sentencia de un tribunal alemán que condena a MAN TRUCK & BUS DEUTSCHLAND y la del Juzgado Mercantil N°1 de Murcia en un procedimiento contra VOLVO GROUP ESPAÑA, S.A (autos 143/2018)

2. La postura de la apelada al negar su legitimación pasiva descansa en los siguientes argumentos: (a) MAN FINANCIAL SERVICES ESPAÑA no formó parte del expediente seguido ante la Comisión ni consta como destinataria, ni como infractora, ni como responsable, de las conductas anticompetitivas sancionadas por la Decisión, con invocación del artículo 288 TFUE, al contrario de lo que acontece con otras sociedades alemanas del Grupo MAN, no teniendo ninguna participación en la conducta generadora del daño cuya indemnización se reclama; (b) MAN FINANCIAL SERVICES ESPAÑA no pertenece al Grupo MAN desde 2014; (c) MAN FINANCIAL SERVICES ESPAÑA no ha participado en la determinación del precio de los vehículos adquiridos por la actora, ahora apelante, limitándose su intervención a financiar la operación, formalizando dos contratos de leasing o arrendamiento financiero, siendo el precio fijado por el concesionario que los comercializó, independiente de la demandada, que puede convenir con el cliente que el servicio financiero se preste a través de cualquier otra entidad financiera que exista en el mercado; (d) inaplicación por motivos temporales de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea cuya entrada en vigor fue a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, habiendo acaecido los hechos generadores del invocado



daño en 2008, y, de forma subsidiaria, de entenderse aplicable, no acreditarse los requisitos exigidos para la reclamación de daños indirectos en el artículo 14.2

3. Junto a la represión pública de los comportamientos contrarios al derecho de la competencia, el TJUE ya sentó las bases de un sistema de aplicación en el ámbito del Derecho privado en la Unión en sus sentencias *Courage* (Sentencia de 20 de septiembre de 2001, C-453/99) y *Manfredi* (Sentencia de 13 de julio de 2006, C-298/04) en los que el Tribunal reconoció el derecho - de cualquier particular- de exigir indemnización por los daños y perjuicios causados por comportamientos contrarios a la competencia, que junto a la acción de nulidad, constituyen las dos vertientes esenciales de la aplicación privada del derecho de la competencia, ahora consagrada positivamente en el art 6 del Reglamento (CE) N° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 . Como dice la STJUE de 6 de noviembre de 2012, asunto *Otis*, (C-199/11)

"un derecho de esta índole refuerza la operatividad de las normas de competencia de la Unión y puede disuadir los acuerdos o prácticas, a menudo encubiertos, que puedan restringir o falsear el juego de la competencia. Desde este punto de vista, las acciones que reclaman indemnizaciones por daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales nacionales pueden contribuir sustancialmente al mantenimiento de una competencia efectiva en la Unión"

Acción de daños objeto de desarrollo por la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, traspuesta al derecho nacional por el RDL 9/2017, que si bien no es directamente aplicable, al acaecer los hechos enjuiciados en 2008, antes de su entrada en vigor, ello no impide que se tome como parámetro interpretativo

Esta acción de daños (que es la forma abreviada con la que se conoce la acción de indemnización de los daños y perjuicios derivados de comportamientos contrarios al derecho de la competencia) se viene conceptualizando como un supuesto de responsabilidad extracontractual, ya que lo que ocasiona el daño no es el vínculo contractual entre infractor y perjudicado, sino el comportamiento contrario a la competencia. Así se expresa el considerando 13 de la Directiva de daños y explica la solidaridad de los integrantes del cartel por los daños ocasionados, más allá de que el perjudicado solo pueda tener vínculo contractual con uno de sus integrantes , o inclusive que sea posible exigir a los participantes en un cártel una indemnización por los daños causados por una empresa ajena al cártel que, aprovechándose de los excesivos precios del mercado, incrementó los precios de sus propios productos más de lo que hubiera hecho de no existir el cártel ("efecto paraguas o umbrella pricing"), como recoge la STJUE de 5 de junio de 2014, asunto *Kone* C- 557/12

Esta acción de daños, que dimana del art 101 TFUE , en derecho español, hasta la reforma operada por el RDL 9/2017, que traspone la Directiva citada, se sustenta en el art 1.902 CC , y suele diferenciarse entre la acción consecutiva o follow-on, o la acción no consecutiva o stand-alone, según exista o no una previa resolución de las autoridades administrativas que declara la infracción. Pero tal resolución administrativa no afecta a su naturaleza, sino a la prueba de los distintos elementos que la conforman, facilitada en el primer caso.

Atendida su naturaleza estos son: a) la existencia de un comportamiento antijurídico y culpable imputable al demandado, en este caso, la actuación que falsea, restringe o impide la competencia; b) la generación de un daño y perjuicio al actor; y c) la relación causal entre la conducta del demandado y el daño y perjuicio sufrido por el actor.

Si se tratase de ejercitada de una acción autónoma o no consecutiva (stand-alone), el actor debe probar la concurrencia de todos estos presupuestos; sin embargo, en la acción follow-on, la prueba del primer elemento (a) viene dada por la Decisión sancionadora de la Comisión Europea, que resulta vinculante para los órganos judiciales (art. 16 Reglamento (CE) N° 1/03 y ahora además artículo 9 de la Directiva y art. 75 LDC , que extiende esa fuerza vinculante a las decisiones de las autoridades nacionales de competencia), y que ya había sido establecida con carácter general por el TJUE (entre otras, en la sentencias *Delimitis*, de 28 de febrero de 1991), pero se mantiene la necesidad de acreditar los restantes presupuestos b) y c). En palabras de la STJUE de 6 de noviembre de 2012, asunto *Otis* (C-199/11)

"Si bien es cierto que la obligación que tiene el juez nacional de no adoptar resoluciones incompatibles con una decisión de la Comisión por la que se declare la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE le impone admitir la existencia de un acuerdo o práctica prohibidos, cabe precisar que la existencia de un daño y la relación de causalidad directa entre ese daño y el acuerdo o práctica en cuestión siguen dependiendo, en cambio, de la apreciación del juez nacional"

Por consiguiente, constatada la infracción, ello resulta irrefutable (ahora en terminología legal) en las consiguientes acciones por daños ejercitadas ante el órgano jurisdiccional mercantil , pero dicha constatación

abarca únicamente a " *la naturaleza de la infracción y su alcance material, personal, temporal y territorial, tal y como los haya determinado la autoridad de la competencia o el órgano jurisdiccional competente en el ejercicio de sus funciones*" como dice ahora el Considerando 14 de la Directiva de daños.

4. Aunque la demanda (como tampoco el recurso) no es especialmente prolija en sus explicaciones, de su lectura se deduce que se ejercita una acción consecutiva, al apoyar toda su reclamación en la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016, cuyo resumen publicado antes se ha transcrito en su parte relevante

En el caso presente, resulta irrefutable que se ha producido en el mercado de camiones de uso no militar de 6 toneladas en adelante y durante el periodo desde 1997 hasta 2011 conductas antijurídicas consistentes en : a) acuerdos o prácticas concertadas sobre la fijación de precios y aumentos de precios brutos; b) acuerdos o prácticas concertadas sobre el calendario para la introducción de las tecnologías de emisiones y c) acuerdos o prácticas concertadas sobre la repercusión de las tecnologías de emisiones.

Pero aquí no solo debe probar la parte actora que tales comportamientos le han causado un daño patrimonial, y, su cuantificación, sino que previamente debe resolverse si la mercantil demandada - MAN FINANCIAL SERVICES ESPAÑA, S.L - está legitimada para soportar la reclamación, pues subjetivamente no aparece en la Decisión de la Comisión como destinataria afectada , pues solo se refiere a MAN SE, MAN Truck & Bus AG, MAN Truck & Bus Deutschland GmbH .Por ello la cita de la sentencia alemana nada aporta en este particular, pues allí figura como demandada una de las empresas expresamente destinataria de la Decisión de la Comisión

5. Esta legitimación pasiva se presenta problemática. Ya hemos anticipado que la demanda y el recurso de apelación son excesivamente parcas en su exposición, limitándose a decir que "*la demandada, a través de su matriz, ha llevado a cabo conductas de colusión contrarias*" , por lo que parece mantenerse que la declaración de responsabilidad de MAN no se agota en la matriz, sino que abarca o debe predicarse también de su filial española

5.1 Esta cuestión de la determinación de la entidad obligada a reparar el perjuicio causado por una infracción del artículo 101 TFUE se rige directamente por el Derecho de la Unión, como ha dicho la reciente STJUE de 14 de marzo de 2019, asunto Vantaan C- 724/17 (apartado 28), que, en un caso de reestructuración empresarial, establece las siguientes consideraciones de interés:

1º) rige el principio de responsabilidad personal y el sujeto pasivo es la empresa causante de los daños (apartados 31 y 32)

" habida cuenta de que la responsabilidad del perjuicio resultante de las infracciones de las normas de la Unión en materia de competencia tiene carácter personal, incumbe a la empresa infractora responder del perjuicio causado por la infracción

De las consideraciones anteriores se sigue que las entidades obligadas a reparar el perjuicio causado por un acuerdo o práctica prohibidos por el artículo 101 TFUE son las empresas, en el sentido de esta disposición, que hayan participado en ese acuerdo o práctica"

2º) asunción del concepto amplio de empresa (apartados 36 y 37)

"procede recordar que el concepto de "empresa" en el sentido del artículo 101 TFUE comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de la naturaleza jurídica de dicha entidad y de su modo de financiación (sentencia de 11 de diciembre de 2007, ETI y otros, C280/06 , EU:C:2007:775 , apartado 38 y jurisprudencia citada).

En ese contexto, debe entenderse que dicho concepto designa una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico, dicha unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas (sentencia de 27 de abril de 2017, Akzo Nobel y otros/Comisión, C516/15 P, EU:C:2017:314 , apartado 48 y jurisprudencia citada)"

3º) traslación de la jurisprudencia desarrollada en el contexto de la imposición de multas por la Comisión a las acciones por daños y perjuicios (apartado 41 a 47)

"De ello se deduce que el concepto de "empresa", en el sentido del artículo 101 TFUE , que es un concepto autónomo del Derecho de la Unión, no puede tener un alcance diferente en el ámbito de la imposición por la Comisión de multas con arreglo al artículo 23, apartado 2, del Reglamento n.º 1/2003 y en el de las acciones por daños y perjuicios por infracción de las normas de competencia de la Unión"

5.2 La aplicación de este concepto de empresa en el contexto del grupo se recoge, entre otras, en la Sentencia de TJUE de 10 de septiembre de 2009, asunto Azco Nobel, C-97/08 . En ella, al tratar de una sanción impuesta por la Comisión, y tras recordar que conforme al principio de responsabilidad personal, es preciso concretar la persona jurídica a quién se imputan los hechos infractores y que tiene derecho a intervenir en el expediente



sancionador para poder defender su posición, no duda en ratificar la posibilidad de sancionar a la matriz por los actos de la filial, en los términos siguientes

"58. Según reiterada jurisprudencia, el comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz, en particular, cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte la sociedad matriz (véanse, en este sentido, las sentencias Imperial Chemical Industries/Comisión, antes citada, apartados 132 y 133; Geigy/Comisión, antes citada, apartado 44; de 21 de febrero de 1973, Europemballage y Continental Can/Comisión, 6/72, Rec. p. 215, apartado 15, así como Stora, apartado 26), teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades jurídicas (véanse, por analogía, las citadas sentencias Dansk Rørindustri y otros/Comisión, apartado 117, así como ETI y otros, apartado 49).

59. Es así, en efecto, porque, en tal situación, la sociedad matriz y su filial forman parte de una misma unidad económica y, por lo tanto, integran una única empresa, en el sentido de la jurisprudencia mencionada en los apartados 54 y 55 de la presente sentencia. Por lo tanto, el hecho de que una sociedad matriz y su filial formen una única empresa en el sentido del artículo 81 CE permite que la Comisión remita una Decisión que imponga multas a la sociedad matriz, sin que sea necesario establecer la implicación personal de ésta en la infracción".

Extensión de responsabilidad que en caso de participación al 100% se produce, salvo prueba en contrario

"60 En el caso particular de que una sociedad matriz participe en el 100 % del capital de su filial que ha infringido las normas de Derecho comunitario en materia de competencia, por una parte, esa sociedad matriz puede ejercer una influencia determinante en la conducta de su filial (véase, en este sentido, la sentencia Imperial Chemical Industries/Comisión, antes citada, apartados 136 y 137), y, por otra, existe la presunción iuris tantum de que dicha sociedad matriz ejerce efectivamente una influencia decisiva sobre el comportamiento de su filial (véanse, en este sentido, las citadas sentencias, AEG-Telefunken/Comisión, antes citada, apartado 50, y Stora, apartado 29)."

61. En estas circunstancias, basta que la Comisión pruebe que la sociedad matriz de una filial posee la totalidad del capital de ésta para presumir que aquélla ejerce una influencia decisiva sobre la política comercial de esa filial. Consecuentemente, la Comisión podrá considerar que la sociedad matriz es responsable solidariamente del pago de la multa impuesta a su filial, excepto si tal sociedad matriz, a la que corresponde desvirtuar dicha presunción, aporta suficientes elementos probatorios para demostrar que su filial se conduce de manera autónoma en el mercado (véase, en este sentido, la sentencia Stora, apartado 29)"

Estas ideas ahora tienen reflejo positivo en la Disposición Adicional cuarta de la LDC y art 61.2 y 71 LDC introducidos por RD 9/2017, que si bien no son aplicables racione tempore, sirven de pauta exegética. Indica en su primer punto la DA 4ª que

"a efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación".

Y al tratar el resarcimiento de daños el art. 71 establece, en su parte relevante, que

"1. Los infractores del Derecho de la competencia serán responsables de los daños y perjuicios causados. 2. A efectos de este título:

b) La actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas"

5.3 Por tanto, de la lectura conjunta en ambas sentencias, podríamos concluir que, salvo prueba en contrario, de las consecuencias dañosas causadas por la filial responderá civilmente ex art 101 TFUE la matriz, excepto si esta última aporta suficientes elementos probatorios para demostrar que su filial actúa de manera autónoma en el mercado

5.4 Pero aquí lo que se plantea es el camino inverso. Es decir, si los daños derivados del comportamiento de la matriz son reclamables a la filial.

Si la matriz responde de lo hecho por su filial es porque se presume que dirige la política comercial de la filial, de manera que en el fondo viene a responder por un comportamiento propio, ya sea como autora intelectual (impartiendo instrucciones a su filial para desarrollar una determinada actividad en el mercado, que resulta infractora de la normativa de defensa de la competencia) ya sea como autora por comisión por omisión (por no adoptar las medidas de vigilancia exigibles, derivadas de su posición de control y dominio), al haber admitido el TJUE los modos pasivos de participación en la infracción (STJUE de 22 de octubre de 2015, asunto ACTreuhand AG C -1974/14)



En cambio, la traslación de la responsabilidad de la matriz a la filial parece que responde a la idea de que esta última se deja instrumentalizar por la primera para desarrollar y expandir el comportamiento antijurídico. Es decir, responderá la filial por haber cooperado en la actuación anticompetitiva realizada por la matriz, que es la integrante en el cártel, pero que, al conformar una unidad empresarial, responden conjuntamente, aunque tengan una personalidad jurídica distinta. Si bien el rol de la filial parece ser la de cómplice o cooperador (no previsto en el art 101TFUE) lo cierto es que ese concepto tan amplio de "empresa" genera la duda de si es posible englobarla o considerarla como causante asimismo del daño. En todo caso, si hay una previa resolución administrativa, en principio, parece que estas circunstancias que pudieran permitir la extensión de sujetos responsables "hacia abajo" habrán sido analizadas por dicha autoridad a los efectos de la represión pública de los ilícitos contrarios a la competencia

6. La posibilidad de extender la responsabilidad civil de los integrantes del cártel a otros sujetos no sancionados administrativamente, pero que tienen estrechos vínculos societarios con los mismos, mantiene dividida a la práctica judicial española. Mientras el juzgado mercantil nº 7 de Barcelona, en su sentencia de 23 de enero de 2019 indica que el sentido de la extensión de la responsabilidad va de la filial hacia la matriz, pero no al revés, sin que ello comprometa el derecho al pleno resarcimiento, ni el principio de efectividad, ya que nada impide demandar a la matriz; otros, en cambio, se muestran favorables a su admisión, como el Juzgado mercantil nº 3 de Valencia, que en sentencias de 13 de marzo y 7 de mayo de 2019 , hace responsable a la filial española, íntegramente controlada por la empresa matriz condenada por la Comisión, cuando se dedica a la explotación de la actividad económica del grupo en España, es decir, a la comercialización de vehículos afectados por la conducta cartelizada sancionada

7. En el caso que nos ocupa, y atendidas las alegaciones de las partes y prueba practicada, que delimitan la respuesta judicial, al no corresponder a los tribunales elucubrar teorías sobre la imputación de responsabilidades no suscitadas en el litigio (por exigencias de los arts. 218 , 456 y 465 LEC), no es posible predicar la legitimación pasiva de la demandada cuando lo único que consta es su intervención como arrendadora financiera de dos camiones, desconociéndose más datos, pues siquiera se sabe si se adquirieron de otra empresa del grupo, de un concesionario de marca o de uno independiente

7.1 No solo la demandada no aparece identificada en la Decisión de la Comisión, como sí lo están otras filiales de MAN, a quienes de manera expresa se declara su responsabilidad como infractoras, junto con la matriz, sino que no hay dato alguno que permita imputar la actuación infractora objeto de la Decisión causante de los daños reclamados (que delimita el objeto procesal, según los términos de la demanda) a MAN FINANCIAL SERVICES ESPAÑA SL.

No hay el menor atisbo de prueba que permita afirmar que esas conductas constatadas como infractoras (acuerdos o prácticas concertadas sobre la fijación de precios y aumentos de precios brutos; sobre el calendario para la introducción de las tecnologías de emisiones y sobre la repercusión de las tecnologías de emisiones) son imputables también a la aquí demandada

7.2 Pero es que, ni siquiera con una interpretación amplia, es posible predicar la legitimación pasiva de la demandada por haber tenido una participación instrumental relevante en la fijación de precios en España de esos camiones incluidos en el ámbito temporal y espacial de la Decisión. Y ello porque, reiteramos, lo único que consta probado es su intervención como financiadora de la operación de adquisición de los camiones. Es lo que se desprende de los documentos contractuales aportados, y lo que exponen los testigos que deponen en el acto del vista, única prueba practicada, al margen de las periciales de determinación del daño; testigos que vienen a exponer que MAN FINANCIAL SERVICE España no interviene en la fijación del precio de los camiones, que corresponde al comercial que lo vende , limitándose su papel a fijar las condiciones de financiación (plazo, tipo de interés, cuota, etc.); extremo no cuestionado en el trámite de oposición a la impugnación

Refuerza esta conclusión el que la propia Comisión indique que el asunto "no se refiere al servicio posventa, otros servicios y garantías de los camiones, la venta de camiones de segunda mano ni ningún otro bien ni servicio", lo que deja fuera del ámbito a otros servicios, como puede ser el de la financiación, que es el que, según lo probado, se limitó a desarrollar la aquí demandada

7.3 En definitiva, la sola la condición de filial del grupo MAN en la fecha relevante (2008) entendemos que no permite asignarle la condición de sociedad responsable de los daños que, en su caso, traigan causa de la actuación anticompetitiva de la que era su matriz MAN en el momento relevante

Por tanto, aunque discrepemos de la trascendencia que se otorga en la sentencia apelada al cambio en la composición social acaecida con posterioridad al momento de los daños, la misma debe ser confirmada, al no concurrir legitimación pasiva de la demandada, que hace innecesario el examen de las restantes alegaciones defensivas



7.4 Solo añadir que la sola cita de los arts. 1.124 y art 1.101CC no permite fundar en ellos ninguna responsabilidad cuando (i) la acción ejercitada no deriva del incumplimiento contractual, sino de los daños derivados de actos contrarios a la competencia, de naturaleza distinta , según hemos visto , y (ii) carece de rigor su invocación, cuando la parte ha incumplido tales contratos, y ha provocado su reclamación de contrario, por lo no puede ampararse en el contrato aquél que a su vez lo incumple

7.5 Por último , y por agotar la respuesta judicial, al no tratarse la sociedad demandada de una sociedad condenada en la decisión de la autoridad de competencia, si se entendiera - en vía de hipótesis- que la acción ejercitada es una acción autónoma o no consecutiva (stand-alone), el resultado absolutorio no variaría, dado que el demandante no concreta ni identifica , y menos aún prueba, los distintos elementos para que pueda predicarse su responsabilidad, siendo el primero de ellos la existencia de una infracción de la normativa de competencia .

Impugnación de la demandada

Cuarto. - Las costas de la primera instancia

1.La sentencia no hace imposición de costas, pese a la desestimación íntegra de la demanda, en la medida en que *"existían dudas de hecho y de derecho y no se aprecia temeridad ni mala fe en la actora"*

2.No le falta razón a la impugnante a la hora de denunciar la falta de motivación del pronunciamiento judicial, que se limita a aseverar, sin razonamiento alguno, la existencia de dudas de hecho y de derecho.

3. Pero ello no justifica la estimación de la impugnación, pues jurídicamente la controversia no puede tildarse de pacífica. Este tipo de acción presenta muchas aristas (no solo en cuanto a la legitimación, como hemos expuesto, sino en materia de determinación y cálculo de daños) y la ausencia de jurisprudencia, e inclusive de pronunciamiento judiciales de las Audiencias Provinciales, en el momento de su interposición, y aun hoy, permite concluir que nos encontramos ante un caso con serias dudas, que justifica la ausencia de condena en costas

4.Por otra parte, la alegación de que se emplea para obstaculizar los autos de Ejecución de Títulos Judiciales 231/2017, iniciados contra la actora, carece de soporte probatorio, además de que no difumina la incertidumbre jurídica apuntada

Quinto - Costas de la segunda instancia

1. La desestimación del recurso y de la impugnación conlleva la imposición de costas de esta alzada a la apelante y a la impugnante, respectivamente (art. 398 y 394 de la LEC)

Vistas las normas citadas y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos desestimar el recurso interpuesto por Paloma y la impugnación formulada por MAN FINANCIAL SERVICIOS ESPAÑA, S.L, contra la sentencia de 16 de octubre de 2018 dictada por el Juzgado Mercantil nº 1 de Murcia , debemos confirmar la misma, con imposición de las costas causadas por el recurso de apelación a la apelante y las causadas por la impugnación a la impugnante

Procédase a dar al depósito para recurrir el destino legal

Devuélvase la causa al Juzgado de procedencia con certificación de la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

MODO DE IMPUGNACION

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 **no** tificada, debiendo consignar la cantidad de 50 € (por cada recurso que se interponga) para su admisión conforme a lo establecido en la D. A. 15ª LOPJ y en su caso, la tasa prevista en la Ley 10/2012