



Roj: **SAP ZA 648/2020 - ECLI:ES:APZA:2020:648**

Id Cendoj: **49275370012020100647**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zamora**

Sección: **1**

Fecha: **29/12/2020**

Nº de Recurso: **410/2019**

Nº de Resolución: **505/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JESUS PEREZ SERNA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE

ZAMORA

Rollo nº : RECURSO DE APELACIÓN Nº **410/19**

Nº Procd. Civil : 173/18

Procedencia : Juzgado de Primera Instancia Nº 2 de Zamora

Tipo de asunto : Ordinario

Este Tribunal compuesto por los Señores Magistrados que se expresan al margen, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA Nº 505

Ilustrísimos/as Sres/as

Presidente

D. JESÚS PÉREZ SERNA.

Magistrados/as

D. PEDRO-JESÚS GARCÍA GARZÓN

D^a ANA DESCALZO PINO.

En la ciudad de ZAMORA, a 29 de diciembre de 2020 .

Vistos ante esta Ilustrísima Audiencia Provincial en grado de apelación los autos de procedimiento Ordinario nº 173/18, seguidos en el JDO. 1A. INST. Nº 2 de Zamora, RECURSO DE APELACION (LECN) Nº 410/19; seguidos entre partes, de una como *apelante* **EMPRESA DE SERVICIOS CORDERO MAESTRE, S.L.**, representada por el/la Procurador D. SALVADOR ALAMAN FORNIES, y dirigida por el/la Letrado D. JORGE VILARUBI FORNIES, y de otra como *apelado* **AB VOLVO**, representado por el/la Procurador D. MIGUEL ANGEL LOZANO DE LERA, y dirigido por el/la Letrada D^a. NATALIA GÓMEZ BERNARDO, sobre reclamación de cantidad por daños y perjuicios.

Actúa como Ponente, el/la lltmo/a. Sr./a Magistrado/a **D. JESÚS PÉREZ SERNA.**

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO .- Por el JDO. 1A. INST. N° 2 de Zamora se dictó sentencia de fecha 27 de mayo de 2019, cuyo FALLO se transcribe en el Fundamento de Derecho Primero de la presente resolución.

SEGUNDO .- Contra mencionada resolución interpuso la parte demandada el presente recurso de apelación que fue sustanciado en la instancia de conformidad con lo establecido en el art. 458 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil; se elevaron los autos, correspondiendo a este Tribunal su resolución, dando lugar a la formación del presente rollo y, no habiéndose celebrado vista pública y habiéndose solicitado práctica de prueba documental, resolviendo sobre la misma, por auto de fecha 10 de septiembre de 2019 se acuerda admitir la propuesta, presentando alegaciones al respecto la parte contraria e interponiendo recurso de reposición, el cual fue impugnado por la representación procesal de AB Volvo y resuelto en sentido estimatorio por auto de fecha 14 de noviembre de 2019 ; quedando el procedimiento para votación y fallo, señalándose posteriormente el día *15 de octubre de 2020*.

TERCERO .- En la tramitación del recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones de carácter legal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Frente a la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia N° 2 de Zamora, con fecha 27 de mayo de 2019, en los autos de Juicio Ordinario n° 173/2018, se interpone recurso de apelación por la parte que ha visto rechazadas sus pretensiones. Dicha resolución establece en su parte dispositiva: "Que desestimando la demanda interpuesta por el procurador don Salvador Alamán Forniés, en nombre y representación de Cordero Maestre SL contra AB VOLVO absuelvo a la demandada de todos los pedimentos de la demanda, con imposición de costas a la parte demandante."

El Juzgador a quo ha desestimado la demanda interpuesta al estimar la excepción de prescripción alegada por la parte demandada, al entender que el "dies a quo" para el cómputo de la acción de responsabilidad extracontractual debe computarse desde el 19 de julio de 2016, fecha en la que se publica por la Comisión la nota de prensa sobre la Decisión y su contenido, y no, desde la publicación en el DOCE del Resumen de la Decisión el 6 de abril de 2017.

El recurso de apelación interpuesto por la demandante se fundamenta en la disconformidad con dicha resolución al entenderla contraria a la normativa de aplicación, art 1968.2 y 1969 del CC y la Jurisprudencia que lo interpreta, así como con el principio de interpretación conforme a la Directiva de Daños 2014/104. Mantiene que el "dies a quo" ha de computarse a partir de la publicación de la decisión, el 6 de abril de 2017, dado que fue la fecha de publicación del Resumen de la Decisión de la Comisión Europea en el Diario Oficial, difundida en todas las lenguas oficiales de la UE, por lo que la demanda se encontraría interpuesta dentro de plazo, debiendo desestimarse dicha excepción. Respecto al resto de las cuestiones mantiene su legitimación activa en el caso, -adquirió los cinco camiones marca Renault que se detallan en la demanda-, y lo sostenido en su escrito de demanda y por ello, entiende que la entidad demandada, junto con otras entidades fabricantes de camiones de más de 6 toneladas, alcanzaron acuerdos con el objetivo de distorsionar la formación independiente de los precios de los camiones en el Espacio Económico Europeo-EEE así como para posponer el cumplimiento de la normativa que fijaba los límites a las emisiones contaminantes de los camiones e imputar los costes asociados a la nueva normativa a los adquirentes. Que esos acuerdos afectaron a todo el espacio económico europeo y que se extendieron desde el 17 de enero de 1997 hasta el 19 de enero de 2011 (14 años). Y que esos acuerdos colusorios incluyeron acuerdos o prácticas concertadas sobre la fijación de precios y los aumentos de precios brutos con el fin de distorsionar la normal fijación de precios de los camiones. Afirma que dicha conducta ha generado daños a la misma como consecuencia de la compra de los cinco camiones que allí identifica, daños que conforme a su informe pericial cuantifica en el 20,70% del valor de la compra de aquello, por lo que reclama la suma pretendida en el escrito de demanda, solicitando se condene a la entidad demandada al pago de dicha suma, más los intereses legales de la misma desde la fecha de la interposición de la demanda.

La parte apelada, demandada en el procedimiento, se opone al recurso al considerar que la resolución recurrida es totalmente conforme a derecho. Alega, a lo largo de los más de 70 folios de su escrito de oposición al recurso, los siguientes motivos de oposición al mismo, así: -Inaplicabilidad e irretroactividad de la Directiva de Daños 104/2014, tanto para resolver la excepción de prescripción de la acción como para el fondo del asunto, improcedencia de una interpretación conforme; -Prescripción de la acción ejercitada; -Alcance de la Decisión de la Comisión. Inexistencia de relación causal entre la conducta sancionada y el daño causado; -Inaplicación al caso de la regla "Ex re ipsa"; e -Inexistencia de daño conforme al sistema de cálculo contenido en su informe pericial y falta de acreditación del daño por la parte adversa; cuestiones todas ellas que han de llevar a la desestimación del recurso interpuesto e íntegra confirmación de la sentencia recurrida bien, por mantener que la acción se encuentra prescrita, bien por entender que la conducta sancionada no tuvo efectos en el mercado,



ni supuso una subida de los precios ni ningún impacto o perjuicio a los compradores, y que la parte actora no ha acreditado la realidad de ese daño, partiendo de que la Decisión no alcanza conclusión alguna sobre el efecto de la conducta sancionada en el mercado.

SEGUNDO . A la vista de las cuestiones que se suscitan en esta alzada y dado el pronunciamiento contenido en la sentencia de instancia por el que se estima la excepción de prescripción de la acción, procede en primer lugar el examen de dicha excepción, a fin de determinar la prosperabilidad o no de la misma, anticipando ya que esta Sala no va a compartir lo resuelto por el Juez a quo respecto a dicho extremo.

Así, conformes las partes en que la acción que ejercita la parte actora está sujeta al plazo de prescripción anual que dispone el art. 1968 CC, pues la controversia traída a esta alzada consiste en la fijación del dies a quo para el cómputo de dicho plazo, determinación esta que habrá de realizarse conforme a la normativa interna directamente aplicable y a la Jurisprudencia que interpreta dicho instituto, sin que el principio de interpretación conforme al cual no alcanza a la aplicación preactiva de la nueva regulación comunitaria, regulación de la Directiva de daños, varíe la decisión que se dé a dicha controversia conforme a la normativa y Jurisprudencia a aplicar.

Así, nuestro derecho interno parte de lo dispuesto en el art. 1969 CC, que señala que el cómputo del plazo de prescripción de las acciones comienza desde el día en que pudieron ejercitarse. Para su aplicación a los ilícitos concurrenciales, la fijación de esa posibilidad de ejercicio de la acción de que se trate se ha entendido a la luz del principio de la actio nata, de manera que el plazo de prescripción de la acción no puede iniciarse sino desde el momento en que el perjudicado por el ilícito concurrencial supo de su extensión y afectación concreta y se encontraba en las condiciones adecuadas para el ejercicio de la acción (así, entre otros pronunciamientos, en las SSTs, 1ª, núm. 873/2009, de 20 de enero, Ponente José Ramón Ferrándiz Gabriel y en las citadas SSJM núm. 3 de Barcelona, de 6 de junio, 5 y 10 de septiembre de 2018).

La Directiva ha positivizado ese principio, para precisar en su art. 10.2 que "los plazos no empezarán a correr antes de que haya cesado la infracción del Derecho de la competencia y el demandante tenga conocimiento, o haya podido razonablemente tener conocimiento de: a) la conducta y el hecho de que sea constitutiva de una infracción del Derecho de la competencia; b) que la infracción del Derecho de la competencia le ocasionó un perjuicio, y c) la identidad del infractor".

A su vez, el considerando 36 de la norma introduce el marco concreto para la exégesis del precepto, siempre favorable al ejercicio de las acciones follow on: "Las normas nacionales relativas al inicio, la duración, la suspensión o la interrupción de los plazos no deben entorpecer indebidamente el ejercicio de acciones por daños. Ello reviste especial importancia para las reclamaciones que se funden en constataciones de una autoridad de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente. A tal efecto, debe ser posible interponer una demanda por daños tras la incoación, por parte de una autoridad de la competencia, de un procedimiento de aplicación del Derecho de la competencia nacional y de la Unión. Los plazos no deben empezar a correr antes de que cese la infracción ni antes de que el demandante sepa, o de que se pueda esperar razonablemente que el demandante sepa, qué conducta constituye la infracción, el hecho de que esa infracción haya causado un perjuicio al demandante y la identidad del infractor. Los Estados miembros deben poder mantener o establecer plazos de caducidad que sean de aplicación general, siempre que la duración de tales plazos de caducidad no haga prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento pleno".

Pues bien, partiendo de lo expuesto resulta que:

-La Comisión adoptó su decisión en fecha de 19/7/16. En ese momento se publicó una mera nota de prensa que informaba sobre la imposición de la sanción, la infracción que la motivaba y la identidad de los infractores, sin un detalle particular de ninguna de estas cuestiones.

-No se procedió a la publicación de la versión no confidencial de la Decisión de hasta la fecha de 6/4/17.

-El actor formuló reclamación judicial presentando la demanda en fecha 4/4/18.

A partir de estos hechos entiende el Juzgador en la instancia que el plazo de prescripción de un año a que se refiere el art 1968 del CC ha de computarse desde la fecha de la publicación de la nota de prensa por parte de la Comisión, por lo que la reclamación de la entidad actora se encontraría fuera del plazo legalmente establecido. Sin embargo, esta Sala, no comparte dicha decisión al considerar que no puede darse a la sola publicación de una nota de prensa en fecha de 19/7/16, los efectos atribuidos por el Juez a quo y ello, no solo porque la interpretación estricta del instituto de la prescripción lo imposibilitaría, sino porque en dicho momento la parte actora no tenía la información suficiente sobre las características de la conducta infractora, su calificación, la delimitación del grupo de infractores y la extensión del perjuicio que pudo sufrir por la conducta de las empresas cartelistas. La interposición de una demanda en ese contexto no hubiera resultado prudente. El actor no pudo tomar conocimiento del contenido de la Decisión sino hasta abril de 2017, fecha de la publicación de



la versión no confidencial, por lo que no será hasta dicha fecha cuando haya de comenzarse el cómputo del plazo y siendo que la demanda se presentó en fecha 4 de abril de 2018, resulta que no habría transcurrido el plazo de prescripción establecido.

En este sentido se han pronunciado la mayor parte de las sentencias dictadas por nuestros Tribunales sobre la cuestión controvertida, así SAP Valencia, 9º, de 16 de diciembre de 2019, FJ 6º, cuando resuelve que: "(...) La publicación de una nota informativa de dos o tres páginas (respecto de la extensión de la versión no confidencial de la Decisión) no permite situar en ese momento el inicio del nacimiento de la acción, en un escenario complejo como el que nos ocupa. No basta un conocimiento genérico de los hechos acaecidos en un ámbito en el que la asimetría informativa entre las partes es patente. Se requiere, por ello, el conocimiento del contenido de la Decisión, con todas sus connotaciones geográficas, de identificación de las conductas de matrices y filiales y de los eventuales responsables afectados. En el momento de la nota de prensa, los eventuales perjudicados no estaban en condiciones de poder ejercitar eficazmente su derecho y lograr su total efecto, máxime si se tienen en consideración las dificultades inherentes a la cuantificación del daño.

A nuestro criterio, el plazo inicial del cómputo debe situarse en la fecha de publicación de la versión no confidencial de la Decisión en el DUE el 6 de abril de 2017. Fue a partir de entonces cuando se pudo conocer, de forma más adecuada, la infracción".

Las consideraciones expuestas llevan a la desestimación de la excepción opuesta por la parte demandada con la consiguiente revocación de la sentencia recurrida cuyo pronunciamiento se deja sin efecto.

TERCERO . Resuelto lo que antecede, el mandato contenido en el art 460 de la LEC va a hacer que sea esta Sala la que haya de afrontar el análisis, estudio y resolución por primera vez de las cuestiones controvertidas, lo cual se hará conforme al resultado de la prueba practicada y obrante en las actuaciones, prueba de cuyo resultado destaca: 1) La acreditación de la sanción por la Comisión Europea de conductas anticompetitivas 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) La entidad demandante Empresa de Servicios Cordero Maestre SL, adquirió cinco camiones marca Renault, así: -Camión Modelo KERAX 4103S, matrícula JXZ , número de bastidor NUM000 ; -Camión Modelo KERAX 4103S, matrícula FBP , número de bastidor NUM001 ; -Camión Modelo KERAX, matrícula BBZ , número de bastidor NUM002 ; -Camión Modelo KERAX, matrícula JCJ , número de bastidor NUM003 ; y Camión Modelo KERAX, matrícula WYR , número de bastidor NUM004 . El coste total de los vehículos ascendió a la cantidad de 321.278,33 euros más IVA.. Así consta en los documentos aportados con el escrito de demanda, documentos 2 a 6. 3) Según dicha entidad sufrió daños por importe 63.857,80 €, correspondientes al 20,70 % del precio de adquisición de cada uno de ellos por la cartelización del mercado del vehículo industrial y el establecimiento de los precios brutos de fábrica, más 400 € del "passing on", derivado de la implementación de las tecnologías para cumplir con las normativas europeas medioambientales, afectando únicamente a la adquisición de los tres primeros vehículos, conforme el informe emitido por su perito, lo que supuso un daño ante el aumento de los precios brutos de venta de los camiones, cuantificando el mismo en la cuantía de los citados, al que habría de añadirse los intereses legales desde la fecha de la interposición de la demanda, tal y como solicita en el suplico de su demanda.

Partiendo de las anteriores consideraciones resulta, como se analizará en los siguientes fundamentos de derecho, que el régimen aplicable al caso de autos se regula en el 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, como seguidamente se ampliará.

Y, de todo ello, las conclusiones a las que se llegará en este supuesto concreto una vez analizado el resultado de toda la prueba practicada y valorada debidamente la misma, que la adquisición de los cinco camiones por la actora apelante estuvo afectada por un cártel que fijaba precios, por lo que, con invocación de la regla ex re ipsa, ha de afirmarse que la actora sufrió daños a resultas de esa conducta y que es a las demandadas a quien incumbía acreditar que tales daños no se produjeron. Corresponde a la demandante la cuantificación del daño de manera hipotética pero razonable dado el escenario de dificultad probatoria.

Del análisis crítico y conjunto de los informes obrantes en el proceso (sin que pueda tenerse en consideración el aportado en grado de apelación a pesar de ser admitido en su momento pues se trata de un nuevo informe pericial que no se aportó ni se hizo valer en el momento procesal oportuno), se concluye: 1) en la existencia de un escenario de dificultad probatoria, 2) en la inhabilidad de la metodología del informe emitido a instancias de la actora 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 la demandada de la carga de acreditar la ausencia de daño consecuencia del cartel, 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.

Las conclusiones que se establecen respecto a los apartados anteriores van a comportar la estimación judicial de los daños sufridos por la entidad demandante, que, con amparo en las recomendaciones de la Comisión y del resultado de la prueba practicada, del análisis de los informes aportados se van a fijar, prudencialmente y en consonancia con lo resuelto por otros Tribunales Provinciales al resolver idénticos litigios, cuyas conclusiones se aceptan por esta Sala, en un 5% el porcentaje de sobreprecio, al que ha de añadirse el interés legal computado desde el momento de la interposición de la demanda, tal y como se desarrollará en los Fundamentos siguientes al dar contestación a las cuestiones suscitadas, desestimando consecuentemente los motivos de oposición esgrimidos por la entidad demandada.

CUARTO . Para resolver las cuestiones planteadas ha de partirse por fijar 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, compartiendo esta Sala en su integridad lo resuelto por la Audiencia Provincial de Valencia en Sentencias de 16 y 20 de diciembre de 2019, dictadas en los Rollos de Apelación 1071, 1126 y 1032, todos ellos de 2019, así como la más reciente de 23 de enero de 2020. Y así,

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, 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 el tema litigioso que se somete a nuestra consideración sin necesidad de forzar el principio de interpretación conforme, máxime cuando:

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

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



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

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 en la que, con cita de la sentencia de 30 de marzo de 2010, 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 y en la Sentencia de 7 de septiembre de 2019, 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 se refiere a la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la indemnización correspondiente a los casos de daños o perjuicios causados como consecuencia de actos de competencia desleal, y la aplicación " por lo general, salvo ciertas excepciones" de la doctrina "ex re ipsa" (cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2014). Y extrae las siguientes conclusiones: 1) en principio, se presume la existencia del daño cuando deriva de actos de los que por la propia razón de las cosas el daño ha de haberse causado. 2) se requiere que tales actos o conductas sean de tal entidad o naturaleza que deba entenderse que producen necesariamente el daño, en cuyo caso, el afectado solo ha de probar el hecho del comportamiento desleal y la relevancia del mismo. 3) La aplicación debe hacerse con " cautela y prudencia" (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2014): la flexibilidad probatoria " no obsta al hecho de que a quien reclame la indemnización de unos daños y perjuicios corresponda su prueba inicial, o cuando menos la exposición razonada y convincente de los hechos que permitan valorarlo en su justa medida, conforme a Jurisprudencia mantenida constantemente, sin tener que pasar por el reconocimiento de cantidades por esta vía de indemnización claramente fuera de lugar, que carezcan del debido fundamento, sin prueba suficiente que permita con cierta claridad precisarla."

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

Por todo ello, tal y como mantiene la Audiencia Provincial de Valencia en las sentencias citadas y cuyos pronunciamientos hacemos nuestros en la presente, 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.

QUINTO . DE LA DECISIÓN DE LA COMISIÓN.-

Primero. De la existencia de daño.

La Decisión de la Comisión reconoce la comisión de un ilícito por el que sanciona a las empresas y entidades que menciona e igualmente, alude a 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.

La decisión de la Comisión 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".

En 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 analizado la actora compró a la entidad demandada bien, por contrato de compraventa o bien a través del leasing, los dos 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), lo que 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 - constituyen suficientes indicios para considerar la existencia de un nexo causal entre la conducta sancionada y su repercusión en las operaciones concertadas por la entidad actora con la mercantil demandada.

Tercero: daño y cuantificación.

La respuesta a este extremo viene condicionada a la valoración de las pruebas periciales. No podemos obviar que, precisamente la valoración de la prueba pericial es cuestión controvertida en la alzada por ambas partes toda vez que al haberse estimado la excepción de prescripción de la acción en la instancia dicha cuestión quedó imprejudgada en la misma.

Compartiendo en este extremo, igualmente, los pronunciamientos contenidos en las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Valencia, dado que los informes periciales de las partes informan y concluyen sobre los mismos extremos de forma similar a aquellas resoluciones, resulta que:

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 si 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 y decisión del Tribunal.

La dificultad 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) en una materia tan compleja como la que nos ocupa, unida a 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, se hace patente en los respectivos informes periciales, los cuales examinan pormenorizadamente la cuestión si bien, para mantener conclusiones dispares.

-Sobre el informe emitido a instancia de la actora:

El informe aportado por la demandada sustenta la inhabilidad del dictamen del Sr. Florencio 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) 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."

Aunque no compartimos la primera de las conclusiones del informe de KPMG, si consideramos (en línea con la conclusión mayoritaria de los juzgados mercantiles que lo han valorado en la instancia, que el método utilizado por el informe pericial de la demandante 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.

Tal y como ha sucedido en otros procedimientos habidos sobre idéntica cuestión se echa en falta en dicho informe 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.

Dicho informe 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). 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,, la "vida útil" en función de los plazos (a 60 meses) del camión adquirido por leasing, entre otros extremos, a los efectos de valorar la incidencia que ello pudiera tener en la cuantificación del perjuicio efectivamente sufrido.

- Sobre el dictamen de KPMG, informe pericial de la demandada.

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 83 y sucesivas) en el que se concluye que la actora no habría sufrido daño alguno, bien como consecuencia de los resultados del método que desarrolla ("comparación diacrónica temporal") bien por haber repercutido aguas abajo cualquier sobrepuesto - que niega - sufrido.

Del análisis del dictamen resulta que:

1) El grueso del apartado 8 de la Sección III "Nuestra cuantificación alternativa del supuesto daño en la Actora" tiene por objeto justificar el método de cuantificación elegido y los principales puntos del procedimiento seguido para su aplicación, para afirmar al final del apartado 8.2 que las técnicas de aproximación más apropiada corresponde a un método comparativo, en particular, el método de comparación diacrónica temporal. Los métodos comparativos, según dicha parte, tienen la ventaja de que utilizan datos reales observados en el mismo mercado o en un mercado "suficientemente similar" y parten de la premisa de que el escenario de contraste puede considerarse representativo del probable escenario sin infracción y de que la diferencia entre los datos de la infracción y los datos elegidos como comparación se debe a la infracción. El método de comparación diacrónica temporal está basado en la comparación de los precios durante el período de la infracción del mercado considerado (camiones medianos y pesados de Renault en España), con respecto a aquellos precios que se presentaron en el mismo mercado en un periodo anterior y/o posterior a la infracción y, por tanto, no afectados por la conducta. La validez de la comparación y la confiabilidad y robustez de los resultados dependerán, en última instancia, de si los datos empleados como contraste para el escenario "sin infracción" son suficientemente similares y comparables con los datos del escenario "con infracción" económicas son técnicas ampliamente extendidas, tanto a nivel académico como en el campo aplicado.

2) El apartado 9, para aplicar el método seleccionado para la estimación del precio del "escenario sin infracción" establece el período relevante para el análisis discurre entre enero de 2003 y diciembre de 2016. Este marco temporal: (i) cubre la mayor parte del período de la infracción (enero de 2003 - enero de 2011), en total 8 años; e, (ii) incluye, a su vez, suficiente tiempo posterior a la infracción (cerca de 6 años), permitiendo así realizar una comparación de precios económicamente robusta con el período de infracción. Si bien no se tiene acceso por cuestiones técnicas a datos en España para el periodo de infracción previa al año 2003, el análisis con datos a partir de 2003 es válido para evaluar el supuesto sobrepuesto de los camiones incluidos en la Demanda de la Actora. Primero, se dispone de información sobre un periodo de 8 años de la infracción, lo que permite extraer conclusiones representativas sobre el mismo. Y segundo, no existen motivos para suponer que el mercado se comportó de manera distinta en los años anteriores y posteriores a 2003. Ello se debe a que en entre los años 1997 y 2002, la evolución del mercado de camiones o de la actividad económica española no fue sustancialmente diferente a la del año 2003 y posteriores, por lo que los resultados son extrapolables a la fecha en que la Actora adquirió el más antiguo de los camiones objeto de Demanda (1997).

En la página 103, apartado 9- "Resultados del análisis de regresión para los camiones Renault", tras comparar y analizar 13.797 (para distribución regional), 13.360 (para el transporte de larga distancia) y 13.195 (para



transporte estándar) transacciones el perito concluye la inexistencia de efectos para un período comprendido entre el mes de enero 2003 hasta el mes de diciembre de 2016 para cualquiera de los tres segmentos de uso de Renault del análisis, 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, al igual que tampoco lo ha sido en ninguno de los otros dos segmentos de uso, el de "distribución Regional" o el de "Transporte Estandar".

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 sobre coste que hubiera sufrido (página 109 a 115 del tomo tercero).

Las conclusiones contenidas en el informe indicado no van a ser asumidas por esta Sala pues elude la decisión de la Comisión que aprecia que la conducta sancionada ha tenido 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, apartándose consecuentemente de lo manifestado en aquella. Y así:

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 sobre coste 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 0.0076 para distribución regional, 0.0163 para larga distancia y 0.0246 para transporte estándar, que resultaría del mismo es prácticamente nula e insignificante desde la perspectiva estadística, pero no deja de ser un porcentaje positivo.

- "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, cuando dice: " Si los perjudicados por una conducta contraria al Derecho de la competencia ejercitan las acciones pertinentes para hacer efectivo su derecho a ser indemnizados por los daños sufridos como consecuencia de esa conducta ilícita, la carga de la prueba de los hechos que obsten el éxito de la acción corresponde al demandado que los alega." Y añade más adelante: " en el caso de reclamación indemnización por los daños causados por la actuación del cartel consistente en la concertación del incremento de precios, no es suficiente probar que el comprador directo ha aumentado también el precio de sus productos. Es necesario probar que con ese aumento del precio cobrado a sus clientes ha logrado repercutir el daño sufrido por el aumento del precio consecuencia de la actuación del cartel. (...) No se ha practicado prueba adecuada para acreditar tal extremo, pues la prueba propuesta y practicada solo acredita extremos relativos a la repercusión del aumento del precio. La inactividad probatoria de la parte demandada sobre este particular ha sido casi absoluta por cuanto que partía de la base de que no había existido cartel y los precios habían sido negociados."

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

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.

SEXTO .- DOCTRINA "EX RE IPSA": CUANTIFICACIÓN Y ALCANCE DEL DAÑO.

La parte demandada postula la íntegra desestimación de la demanda al entender que no ha existido 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.

Sin embargo, esta Sala entiende que 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 demandada, el escenario de dificultad probatoria y asimetría informativa existe.

La cuestión relativa a la cuantificación judicial del daño en las resoluciones dictadas respecto a la cuestión controvertida, se 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.)

Por su parte, la Audiencia Provincial de Valencia 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), entendiéndose que dicha suma no resulta caprichosa o arbitraria de la Sala, sino que se acomoda a la facultad discrecional recogida en el art 1103 del CC y ello una vez se han valorado las circunstancias del caso y el resultado de las pruebas practicadas.

Tal y como recoge la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 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 error en el método, en el objeto, o en la identificación de los elementos (datos y bases) que le hubieran permitido expresar unas conclusiones válidas, aún en términos de probabilidad.

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

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

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

2) En los procedimientos seguidos ante los tribunales alemanes los perjudicados que han sustentado su reclamación en métodos comparativos, han reclamado cantidades comprendidas entre el 4.76 % y el 9% del



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

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

[...].

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."

Haciendo nuestras las conclusiones establecidas en dicha sentencia resulta que la demanda interpuesta ha de ser estimada parcialmente, en el sentido de condenar a la entidad demandada a pagar a la actora la cantidad a la que ascienda el 5 % del precio de compra de los camiones en concepto de daños y perjuicios sufridos por la misma como consecuencia de la infracción única y continuada de los artículos 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 53 del Acuerdo EEE, declarada por la Decisión de la Comisión Europea de fecha 19 de julio de 2016, en el "Asunto AT.39824-Camiones", suma que s.e.u. asciende a 16.063,92 €, cantidad que devengará los intereses legales desde la fecha de la reclamación judicial.

SÉPTIMO . Al estimarse parcialmente la demanda no se hace expresa imposición de las costas causadas en la instancia, art. 394 de la LEC, ni tampoco en apelación, con arreglo a los artículos 397 y 398 de la LEC.

Vistos los artículos citados y demás normas de general y pertinente aplicación, por la autoridad que nos confiere la Constitución Española y en nombre de SM. el Rey,

FALLAMOS

QUE ESTIMANDO EN PARTE EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la representación procesal de Empresa de Servicios Cordero Maestre SL., contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Nº 2 DE ZAMORA, en fecha 27 de mayo de 2019, en el Procedimiento Ordinario seguido con el número 173/2018, PROCEDEMOS A REVOCAR Y REVOCAMOS DICHA RESOLUCIÓN Y EN SU LUGAR ACORDAMOS ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la entidad citada frente a la mercantil AB VOLVO, condenando a la demandada a pagar a la actora el 5 % del precio de compra de los camiones en concepto de daños y perjuicios sufridos por la misma como consecuencia de la infracción única y continuada de los artículos 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 53 del Acuerdo EEE, declarada por la Decisión de la Comisión Europea de fecha 19 de julio de 2016, en el "Asunto AT.39824-Camiones", suma que s.e.u. asciende a 16.063,92 €, cantidad que devengará los intereses legales desde la fecha de la reclamación judicial, sin expresa imposición de las costas causadas.

No se hace expreso pronunciamiento sobre las costas causadas en el recurso de apelación.

La estimación total o parcial del recurso, supone en su caso, la devolución del depósito para apelar consignado por la parte recurrente.



Frente a esta resolución cabe interponer recurso de casación en este Tribunal para ante la Sala 1ª del TS en el plazo de 20 días desde la notificación de la presente resolución.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala y otra a los autos originales para su remisión al Juzgado de procedencia para su ejecución, lo pronunciamos mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN

Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente de la misma, estando el Tribunal celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ