



Roj: **SAP V 1166/2020 - ECLI:ES:APV:2020:1166**

Id Cendoj: **46250370092020100257**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **9**

Fecha: **24/02/2020**

Nº de Recurso: **1084/2019**

Nº de Resolución: **253/2020**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ROSA MARIA ANDRES CUENCA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

ROLLO NÚM. 001084/2019

RF

SENTENCIA NÚM.: 253/20

Ilustrísimos Sres.:

MAGISTRADOS DOÑA ROSA MARIA ANDRES CUENCA DOÑA PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA DON LUIS SELLER ROCA DE TOGORES

En Valencia a veinticuatro de febrero de dos mil veinte.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON/ DOÑA ROSA MARÍA ANDRÉS CUENCA**, el presente rollo de apelación número 001084/2019, dimanante de los autos de Juicio Ordinario 321/18, promovidos ante el JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE VALENCIA, entre partes, de una, como apelante a Ruperto , representado por el Procurador de los Tribunales don/ña PASCUAL PONS FONT, y de otra, como apelados a DAF VEHICULOS INDUSTRIALES SAU representado por el Procurador de los Tribunales don/ña MARGARITA SANCHIS MENDOZA, en virtud del recurso de apelación interpuesto por Ruperto .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado del JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE VALENCIA en fecha 1/4/19, contiene el siguiente FALLO: "QUE DEBO ACORDAR y ACUERDO DESESTIMAR la demanda interpuesta por Ruperto , contra DAF VEHICULOS INDUSTRIALES SAU, todo ello sin que proceda imposición de costas."

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

TERCERO.- Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La sentencia dictada por el Juez de lo Mercantil 2 de Valencia, con fecha 1 de abril de 2019 desestimaba la demanda interpuesta por la representación de Ruperto contra DAF VEHÍCULOS INDUSTRIALES SAU, al apreciar que concurría, en la demandada, falta de legitimación pasiva *ad causam*. Argumenta en cuanto resulta esencial que la parte demandada, "no fue, según la Comisión una de las partes del cartel, pues, si bien es cierto que DAF Trucks N.V fue afectada por la decisión (letra a) punto (100) de la Decisión), más cierto es que cuando la Decisión ha querido a referirse a las filiales como responsables así lo ha hecho, como se desprende de los propios puntos (95), (97), (98) y (99) de la Decisión cuando se refieren a MAN, a IVECO, o a VOLVO/RENAULT, donde relacionan a las filiales. A ello hay que sumar que la acción del Art. 1902 CC no permite extender



la responsabilidad de la matriz a la filial por (el) la responsabilidad del hecho(s) ajeno (Art. 1903 CC), mientras que la responsabilidad de la filial sí que puede extenderse a la matriz por este mismo precepto"

Frente a dicha resolución recurrió en apelación la representación de la parte actora, que esgrimió, en síntesis, los siguientes argumentos frente a la resolución recurrida:

Alega la parte actora que con fecha 19 de julio de 2016, la Comisión Europea hacía pública la imposición de una sanción a cinco mercantiles europeas, fabricantes, todas ellas, de vehículos-camiones en Europa entre ellas a DAF, consistente en multa por continuada participación en una infracción del Derecho de competencia. La versión definitiva se hizo pública el 6 de abril de 2007, y, como consecuencia de las prácticas colusorias llevadas a cabo por las cinco principales fabricantes de camiones en Europa entre 17 de enero de 1997 y 18 de enero de 2011 les fueron impuestas unas multas. Estas mercantiles habían conformado el "cártel de camiones" cuyos acuerdos tendían, de un lado, a la fijación de los precios brutos de los camiones desde seis toneladas en adelante, así como retraso en la introducción en nuevas tecnologías de emisión de gases y repercusión de costes para su introducción al consumidor. Estas prácticas fueron llevadas a cabo por las mercantiles centrales de las fabricantes destinatarias, pasando a delegar tales negociaciones anticompetitivas a sus filiales alemanas, a partir de 2004, a las que se hace expresa mención en el texto de la decisión a consecuencia de encabezar tales prácticas. Con ello se produce una alteración del funcionamiento de mercado, infracción del artículo 101 del Tratado Fundacional de la UE y un daño causado al conjunto de adquirentes.

El actor adquirió su vehículo camión DAF FTXF95, nuevo, el 28-9-2006, y ejercitó el 6 de abril de 2018 reclamación judicial por los daños, mediante ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC, con fundamento en tal práctica colusoria: acción "follow-on" que, en este caso, provocó un daño por sobrecoste que reclama, que fija el informe pericial aportado con la demanda en 17.288,64 euros.

Frente a ello, la demandada alegó que no podía ser extendida la responsabilidad a dicha demandada, porque las únicas empresas que podrían ser consideradas como pasivamente legitimadas son las DAF que fueron sancionadas por la Comisión, que no es el caso de la demandada.

Discrepa la parte demandada porque:

A) La decisión de la Comisión Europea **no contiene expresa referencia a las filiales responsables de las prácticas anticompetitivas a fin de ser sancionadas por ello** . Se apoya en la traducción de los párrafos 95-100 (documento 3 de la contestación, traducción de la Decisión). Solo se alude a las filiales alemanas, porque fueron las que se encargaron de llevar a cabo los contactos colusorios a partir de 2004. No existe pormenorización de la Decisión en lo que a la responsabilidad de las filiales de las mercantiles fabricantes sancionadas que vaya más allá de lo expuesto.

B) Resulta procedente atender a tal consideración de acuerdo con los conceptos de **unidad y continuidad económica propios del Derecho de la Competencia de UE** , a los que se remiten otras resoluciones para justificar tal extensión, siendo las normas propios de aplicación a este asunto, sin que las normas nacionales puedan desvirtuar la eficacia de las europeas en Derecho de la Competencia, que buscan garantizar condiciones equitativas a las empresas de tal espacio europeo. La nueva directiva de daños (Directiva 2014/104/UE) no es aplicable al asunto presente, porque no estaba vigente al tiempo de los hechos, sí armoniza acciones, y la Directiva faculta a ello expresamente, siendo tal pronunciamiento vinculante respecto de la ilegalidad del comportamiento sancionado.

C) En el presente litigio de no extenderse a la aquí demandada la responsabilidad que se solicita , **no habría posibilidad de ver reparados tales daños y perjuicios causados** . La propia demandada reconoce en la contestación que opera en España como filial de DAF TRUCKS N.V. y además la demandada está **TOTALMENTE participada** por esta.

D) La realidad es que **la conducta anticompetitiva sancionada por la Comisión Europea por infracción de la normativa comunitaria penetró en el mercado de cada Estado a través de las redes de distribución de las mercantiles fabricantes** , que en nuestro país lo es a través de la demandada. De no acogerse tal tesis, realmente la conducta anticompetitiva no habría tenido afectación en el mercado español en la práctica.

En cuanto al fondo de la reclamación son aplicables los principios de Derecho Comunitario en a forma que expone, los daños y perjuicios han de entenderse acreditados, y cuantificados por el informe pericial aportado de D. Claudio , limitándose el demandado a negar lo acaecido y en articular su responsabilidad.

Solicita, por lo expuesto, se dicte sentencia en virtud de la cual, además de estimar que DAF VEHÍCULOS INDUSTRIALES SA ostenta legitimación pasiva *ad causam*, se condene a esta mercantil a la reparación de los daños y perjuicios que han sido causados al Sr. Ruperto , cuantificados estos en DIECISIETE MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO EUROS CON SESENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (17.288,64.-€) habiendo resultado probado en



el curso del presente procedimiento que el Sr. Ruperto adquirió el vehículo-camión, lo cual le legitima para la interposición de la pertinente acción tendente a la reparación de los daños y perjuicios, así como continuando a día de hoy dicho vehículo-camión bajo titularidad de una sociedad de la que mi representado es administrador único, concurriendo todos los requisitos necesarios para proceder al respecto vía art. 1.902 CC, acción follow-on sobre la base de la práctica colusoria declarada por la Decisión de la Comisión Europea de fecha 19 de junio de 2016, con expresa imposición de costas a la demandada, revocando la sentencia dictada en primera instancia.

Por la representación de la parte demandada se opuso al recurso, considerando que debe confirmarse la falta de legitimación acogida en la sentencia recurrida, porque se interpuso contra la entidad equivocada, y no estaba fundamentada en tanto no acreditó haber sufrido daño alguno como consecuencia de la infracción declarada por la Comisión.

1) En la Decisión para nada se alude a DAVISA. Alega el demandante que la Decisión no contiene expresa referencia a todas las filiales que según su criterio serían responsables, refiriéndose solo a las alemanas, por seguir la actividad económica de su sociedad matriz DAF NV) sí destinataria de la decisión, y debería haber interpuesto una "stand-alone" y no follow-on como la planteada. La doctrina de la unidad económica desarrollada por el TJUE no es aplicable. Se refiere al concepto de empresa desarrollado por el TJUE y afirma que si bien puede predicarse que el comportamiento de una filial pueda imputarse a la matriz, aunque tengan personalidad jurídica separada, esa filial no determina en forma autónoma su conducta en el mercado, sino que aplica esencialmente las instrucciones que dimanen de la matriz (Sentencia TJUE de 10 de abril de 2014 C-233/11, párrafo 45). Seguir la tesis del recurrente comporta la extensión de esa potencial responsabilidad civil de NAF NV por infracción hacia abajo, algo que ni siquiera es posible, ni hace el TJUE, en el ámbito del derecho europeo sancionador, porque DAVISA no ejerce influencia decisiva sobre el comportamiento de su sociedad matriz. Tampoco sobre su sociedad hermana DAF GMBH. No tiene nada que ver el asunto SKANKA en que se considera responsables a las sucesoras en la actividad por conductas realizadas por las entidades infractoras que habían absorbido. Podría haber reclamado contra las que fueron declaradas responsables por la infracción bajo el derecho europeo de la Competencia, que no era opción en este supuesto. Solo a la matriz es posible atribuir la responsabilidad de sus filiales, pero no en sentido inverso.

2) Los requisitos del artículo 1902 CC no concurren en el caso del Sr. Ruperto .

Se afirma erróneamente el contenido de la decisión, porque los fabricantes de camiones (no la demandada, insiste en su falta de legitimación pasiva) no fueron sancionados por llegar a acuerdos sobre la fijación de precios de venta, sino por **intercambios de información** sobre los precios de Lista que no son relevantes para los precios que los clientes como el demandante abonan a los concesionarios independientes o entidades financieras y sobre el calendario para la implementación de las tecnologías de emisión. La Comisión declaró la existencia de infracción " **por objeto**", que no **por efectos**, pero no declaró que la conducta sancionada, en que DAVISA no participó, hubiera producido efecto alguno. Es decir, lo sancionado es el potencial teórico de producir efectos. Pero esto no se declaró y la consecuencia para los adquirentes no es, en modo alguno, de daño evidente.

No es aplicable la normativa posterior, sino solo el artículo 1902 CC. No cabe acudir al principio de "interpretación conforme" porque tanto la Directiva como el RDL impiden la aplicación retroactiva de sus disposiciones sustantivas (artículo 22,2 de la Directiva y DT 1ª del RDL y como declaró el TJUE esa interpretación ha de respetar las disposiciones y el régimen transitorio de las normas comunitarias.

El plazo de prescripción estaba cumplido y no fue interrumpido al presentar la demanda ya que se basó en la nota de prensa, como reconoce el propio perito de dicha parte.

Por otro lado, el informe pericial es genérico, no tuvo en cuenta el leasing existente, omitió analizar la repercusión del supuesto sobre coste "aguas arriba" ni tampoco incluyó repercusión "aguas abajo" del alegado sobre coste. El camión se ha transmitido a una sociedad que administra el recurrente, a la que aportó, entre otros bienes, este camión por valor de 8.000 Euros, siendo su valor residual al ejercitar la opción de compra de 1.356,16 euros.

Quedó planteada la cuestión, en esta alzada, en los términos expuestos.

SEGUNDO.- Se acepta la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida.

El punto esencial y prioritario sobre el que debemos pronunciarnos es el relativo a la falta de legitimación pasiva invocada por la demandada con sustento en la afirmación de no ser destinataria de la Decisión de la Comisión, por lo que argumenta que, en el marco de una acción "follow on", no se puede extender a la misma la responsabilidad en que hubiera incurrido la matriz del grupo.



Decíamos en SAP, Civil sección 9 del 05 de diciembre de 2019 (ROJ: SAP V 4150/2019 - ECLI:ES:APV:2019:4150) Ponente Sra. Martorell Zulueta lo que sigue:

<<La cuestión debatida no es pacífica entre los Juzgados de lo Mercantil que se han pronunciado sobre esta problemática en situaciones análogas a la sometida a nuestro enjuiciamiento, de manera que algunos de ellos aprecian la falta de legitimación (porque tanto la legislación española como la jurisprudencia comunitaria únicamente contemplan la comunicación de responsabilidades civiles de aquella filial que ha cometido la infracción respecto de la matriz que la controla, cuando ésta última no la ha cometido directamente, pero no en el supuesto inverso, en el que la matriz ha cometido la infracción y se pretende la comunicación de dicha responsabilidad a la filial que no la ha cometido), y otros sostienen la postura que defiende la resolución apelada (esto es, que cabe extender a la filial la responsabilidad por los actos de la matriz).

Entre las Audiencias Provinciales, únicamente nos constan dos pronunciamientos en que se haya abordado esta temática: la Audiencia de Murcia, en Sentencia de 20 de junio de 2019 (ROJ: SAP MU 1308/2019 - ECLI:ES:APMU:2019:1308) y la Audiencia de Barcelona, en Auto de 24 de octubre de 2019, por el que se promueve cuestión prejudicial ante el TJUE.

En la primera de las resoluciones citadas (Pte. Sr. Fuentes Devesa), y en un proceso en el que la demandada MAN FINANCIAL SERVICES ESPAÑA, S.L pertenecía (como en nuestro caso MAN TRUCKS IBERIA SA) al GRUPO MAN, sin ser destinataria de la Decisión de la Comisión, la Audiencia de Murcia apreció la falta de legitimación pasiva, argumentando (los destacados en negrilla, son nuestros):

"5. Esta legitimación pasiva se presenta problemática. [...]"

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 exart 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 101 TFUE) 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."

En lo que concierne a la Audiencia de Barcelona, el Auto de 24 de octubre de 2019 indica, en sus líneas esenciales, que: i) el TJUE tiene pendiente de resolver el recurso sobre la eventual extensión a la filial de la responsabilidad de la matriz planteado por Biogarán el 28 de febrero de 2019; ii) admite que, en las resoluciones del TJUE dictadas hasta el momento - salvo en ese supuesto distinto, Biogarán C724/17 STJUE 14/3/19, que considera, no obstante aplicable -, en los casos de grupos de empresa, la extensión de la responsabilidad se ha hecho siempre a la matriz respecto de los actos de la filial y no al inversa - Sentencias 27 de abril de 2017 y 10 de septiembre de 2009 -. Y plantea al TJUE una serie de cuestiones prejudiciales, entre las que incluye la relativa a si la doctrina de la unidad económica que emana del propio TJUE justifica la extensión de la responsabilidad de la matriz a sus filiales, con determinación, en su caso, de los requisitos que la harían posible. Y en particular, de ser afirmativa la respuesta a las cuestiones precedentes, pregunta si "resultaría compatible con esa doctrina comunitaria una norma nacional como el art. 61.2 de la Ley de Defensa de la **Competencia** que únicamente contempla la posibilidad de extender la responsabilidad de la filial a la matriz y siempre que exista una situación de control de la matriz sobre la filial"

En el caso que enjuiciamos nadie ha postulado el planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE, a lo que añadimos que la Sala, a tenor del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, no tiene obligación de plantearla (máxime cuando existe un acervo de resoluciones del propio TJUE en una línea concreta y está pendiente de resolución el recurso a que se refiere el Auto de Barcelona), pues la norma sólo la impone a los órganos jurisdiccionales nacionales de última instancia, es decir, cuyas decisiones no puede ser objeto de recurso, que no es el caso, dado que frente a la resolución que dictemos podrá interponerse recurso de casación.

Dicho cuanto antecede, nos alineamos con la tesis que se sostiene en la resolución dictada por la Audiencia Provincial de Murcia y lo hacemos al caso concreto, dando por reproducidas las citas jurisprudenciales que se contienen en el Fundamento Cuarto de la Sentencia, dado que nuestra discrepancia se centra en las conclusiones que se extraen de su análisis:

1. Punto de partida es el relativo a que la entidad demandada MTB IB no es destinataria de la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016, aportada al proceso. En lo que al grupo MAN se refiere, en el párrafo 95 se relacionan las sociedades del grupo (matriz y filiales) que se consideran conjunta y solidariamente responsables por las conductas infractoras que motivan la sanción, (entre las que no aparece la demanda) y en el artículo 4 de la Decisión se reseñan las destinatarias de la misma, con sus correspondientes direcciones. Como no puede ser de otro modo, el pronunciamiento se sustenta en la descripción que se contiene a lo largo del documento en torno a una serie de actos, realizados por concretos sujetos en unas determinadas fechas, que han sido objeto de investigación y que conducen a las conclusiones expresadas por la Comisión.

2. No enerva lo anterior el hecho de que el párrafo 25 de la Decisión (citado por el magistrado en la sentencia, y precisamos, incluido en el apartado relativo a la " Descripción del mercado de los camiones") indique que todos los destinatarios de la misma disponen de filiales comercializadoras nacionales en mercados domésticos estratégicos que, generalmente importan los camiones. La Comisión, no obstante, no dirige su pronunciamiento contra todas ellas, sino en el caso de MAN, contra las filiales alemanas con descripción de las prácticas colusorias en las que han incurrido.

3. No ofrece duda la doctrina emanada del Tribunal de Justicia en el sentido - no cuestionado - de extender la responsabilidad de la filial a la matriz en el marco de la unidad económica y de control que se ejerce sobre la primera. Nos remitimos a la Sentencia de 27 de abril de 2017 (C-516/15 P, Azko Nobel) y a su párrafo 52 transcrito en la Sentencia de la Audiencia de Murcia (para evitar reiteraciones).

4. Sin embargo, no conocemos resoluciones en sentido inverso (extensión de responsabilidad de "arriba a abajo"). La Sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2018 relativa al caso Biogaran - pendiente de casación-, no se ocupa de cuestión equiparable a la que ventilamos, y consideramos que no es aplicable al caso. La resolución se refiere a la extensión de la responsabilidad administrativa en la Decisión de la Comisión, lo que nos conduce a cuestionar si, en caso de una eventual confirmación al resolverse la casación pendiente, la conclusión podría hacerse extensiva a la responsabilidad por daños.

Para expresar nuestra conclusión hemos tenido en cuenta los concretos elementos descriptivos y decisorios que resultan de la Sentencia. Así, en el párrafo 192 se indica que en la Decisión impugnada, la Comisión había contestado que no pretendió imputar a la filial la responsabilidad de los actos de la sociedad matriz; considerando responsable a la filial Biogaran por su participación directa en la infracción cometida por Servier, y que fue la acción combinada de Servier (firma de la transacción) y de su filial (firma del acuerdo de licencia) lo que permitió bloquear la entrada de Niche en el mercado de los productos genéricos, en beneficio del grupo Servier en su totalidad. Por tanto, se trata de una situación diversa de la que enjuicamos, en la que, en la Decisión de la Comisión que sirve de base a la demanda del Sr. Victoriano, no hay mención alguna de conducta imputable a la filial española.

El apartado 193 dice literalmente: " La Comisión subraya que no sostuvo que Biogaran era responsable por falta de control o de vigilancia. La consideró responsable por su participación directa en la infracción y tuvo en cuenta su pertenencia al grupo Servier para declarar la responsabilidad solidaria de su sociedad matriz". Insiste, por tanto, en la responsabilidad por participación directa en la infracción, sin perjuicio de que se hubiera tenido en cuenta su pertenencia al grupo. En el 194 se describe que: " La Comisión sostiene que la conducta de una filial puede imputarse a la sociedad matriz en particular cuando, aun teniendo distinta personalidad jurídica, dicha filial no determina de forma autónoma su conducta en el mercado, sino que aplica, esencialmente, instrucciones que le imparte la sociedad matriz." Y añade una presunción iuris tantum de ejercicio efectivo de influencia decisiva cuando la sociedad matriz posee el 100 % del capital de su filial, con la conclusión de considerar a ambas responsables solidarias del pago de una multa por dicha infracción.

En ese contexto (extensión de responsabilidad administrativa y referencias a una participación directa - véase, también y entre otros, el párrafo 217 -), es en el que ha de darse lectura a las conclusiones expresadas por el Tribunal General, invocadas en el Auto de la Audiencia de Barcelona de 24 de octubre de 2019, para plantear la posibilidad de la extensión de responsabilidad "aguas arriba".

Y en lo que concierne a la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2019 (C-724/17) también citada por la Audiencia de Barcelona para justificar su posición, no podemos perder de vista que se refiere a un supuesto de reestructuración empresarial - que no es lo que estamos ventilando -, por lo que nos remitimos al análisis que de dicha Sentencia hace la Audiencia de Murcia en su Sentencia, transcrita ut supra.

5. En este marco, el hecho de que la demandada sea una filial íntegramente participada por la matriz, dedicada a la comercialización en España de los camiones de MAN, a priori, no estando incluida en la Decisión descripción de conducta colusoria en la que haya participado, no permite " recorrer un camino inverso" de responsabilidad - en los términos expresados en la sentencia -, mediante la condena a la filial por los actos de la matriz, sin soporte en la Decisión de la Comisión ni en pronunciamientos del TJUE en la línea apuntada.

6. Tampoco podemos sustentar la legitimación en el argumento práctico de la mayor comodidad y menor coste económico que supone demandar en España a la filial, que emplazar a la matriz en su domicilio en Alemania, en un escenario de múltiples procedimientos judiciales a lo largo de todo el territorio nacional, seguidos contra las matrices, como se desprende de la propia base de datos del Cendoj, en los que ya han recaído pronunciamientos de condena en la instancia.

7. Tampoco podemos obviar el principio de personalidad jurídica ni los efectos vinculantes de la Decisión de la Comisión que sirve de fundamento al ejercicio de la acción de reparación de daños. Ni el concreto marco en el que se ha planteado la demanda, que nos vincula por mor del principio de congruencia de las resoluciones judiciales con lo postulado y lo resistido en el proceso.

8. No perdemos de vista, finalmente, que la acción ejercitada es una acción "follow on" en la que la actora trajo a la demandada a la litis por su coordinación "con otras cinco compañías a la hora de establecer los precios de venta de los vehículos industriales entre 1997 y 2011 ..." con sustento en la Decisión de la Comisión en la que, pese a la genérica imputación que le hace el demandante, la demandada ni es destinataria, ni aparece mencionada>>.

Y en sentencia 62/2020 recaída en rollo de apelación 1573/19, con fecha 20-1-20 Ponente Sr. Seller, reiteramos que:

<<Reconociendo la vinculación societaria de la mercantil apelante en régimen de subordinación en el grupo a la matriz DAIMLER, no podemos olvidar que nos encontramos en el escenario de una acción de las llamadas follow on (en contraposición con las stand alone) consecutiva a una de cesión de la comisión que señala unas determinadas conductas e identifica unos concretos infractores (entre los que no se encuentra la demandada MERCEDES TRUCKS).

En este concreto escenario es muy relevante identificar el alcance subjetivo de la decisión, su reflejo al momento de determinar el legitimado pasivamente para soportar una acción follow on. En otras palabras, cuestionarse si es posible sustentar tal acción contra sujetos no identificados en la decisión y, si ello fuera posible (sin alterar



la naturaleza de la acción), en qué circunstancias podría hacerse en el concreto caso de que se tratara de sociedades integradas en un grupo de empresas.

Sobre este debate, esta sala ha expresado su decisión admitiendo la posibilidad de que tal legitimación pasiva pueda predicarse respecto de personas jurídicas no expresamente identificadas en la resolución, pero no con la amplitud que se sostiene en la sentencia apelada.

Así, considerando un caso de aplicación directa de la decisión (no de extensión de efectos a tercero) en Sentencias de esta sala de 11/12/2019 (Rollo 1126/2019) y 16/12/2019 (R.1071/19), apreciamos tal legitimación en supuestos de modificación estructural (sucesión), respaldando nuestros argumentos con lo expresado por la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2019, C- 724/17 . (apart. 38 y siguientes).

Sobre la posibilidad de extender responsabilidades a sociedades integrantes del grupo en régimen de subordinación (vertical), la cuestión no es tan pacífica.

La responsabilidad de la matriz por los actos y comportamientos de su sociedad dominada no es cuestionada a la luz de la doctrina consolidada del TJUE, por ejemplo por Sentencia de 10 de septiembre de 2009, Azco Nobel C-97/08 , sobre la base de que "existe la presunción iuris tantum de que dicha sociedad matriz ejerce efectivamente una influencia decisiva sobre el comportamiento de su filial".

Sin embargo, el discurso inverso de la responsabilidad resulta muy controvertido y ciertamente complejo. Los partidarios de tal camino, realizando una loable y ardua labor de innovación jurídica, se sustentan en la integración de los sujetos en una unidad económica formada por varias personas jurídicas que permite la comunicación de responsabilidad entre ellas por cuanto se identifica la "unidad económica" por sí, como un centro de imputación de responsabilidad. Y encuentran sustento para ello en la propia doctrina dada por el Tribunal de Justicia, la propia Sentencia Azco Nobel o la más reciente de 14 de marzo de 2019 (C-724/17) Vantaan.

Por el contrario, los ubicados como esta sala en posiciones más ortodoxas, precisamente basados en las propias decisiones del Tribunal de justicia y en principios más tradicionales consolidados, consideramos que el recurso al concepto de "unidad económica" como medio de superación de la personalidad jurídica como centro de imputación de responsabilidad, debe ser empleado de manera cautelosa. Así lo hace el Tribunal de Justicia permitiendo dirigirse hacia arriba (matriz y sobre la base de la influencia decisiva que se presume ha ejercido sobre la filial para que cometiera la infracción) y hacia el futuro (sucesión en la personalidad de la infractora). En uno y otro caso es imprescindible tal interpretación en garantía de la efectividad de los derechos de los perjudicados. Necesidad que no concurre en nuestro caso ni desde el punto de vista operativo (dificultad que pudiera existir para ejercitar acciones directamente contra la matriz) ni económico (suficiencia económica de la demandada para hacer frente a las reclamaciones).

En cualquier caso, hemos de huir de automatismos en la imputación de responsabilidades por el mero hecho de la pertenencia al grupo (pues no se trata de una suerte de responsabilidad objetiva) . De esta manera, cuando tal imputación se ha dado lo ha sido por la concurrencia de una circunstancia muy relevante (el ejercicio de influencia decisiva de una sociedad sobre otra, la infractora ,que por eso es mero instrumento de aquella) sin que la misma razón pueda ser empleada para dirigir la responsabilidad en sentido inverso.

Los razonamientos y argumentos por los que alcanzamos la convicción de que no es posible exigir a la filial responsabilidad en el ejercicio de acciones follow on basadas en decisiones de la comisión que identifican a su matriz, son ampliamente desarrollados en la sentencia de 5 de diciembre de 2019 (rollo 1169/19) ...>>

Por similares razones a las hasta aquí expuestas, mutatis mutandis, debe ser confirmada la resolución recurrida, en cuanto aprecia la falta de legitimación "ad causam".

En efecto, si bien la Decisión recoge en el apartado 100 (a) la responsabilidad conjunta y solidaria en concepto de responsables de la infracción cometida por DAF a:

"DAF Trucks N.V., como partícipe directo, por su participación en la infracción desde el 17 de enero de 1997 hasta el 27 de febrero de 2009, y en su condición de sociedad matriz, por la conducta de DAF Trucks Deustchland GmbH desde el 20 de enero de 2004 hasta el 18 de enero de 2011. FAF Trucks M.V. ha reconocido que, en su condición de sociedad matriz, ejercicio influencia decisiva sobre su filial DAF Trucks Deustchland GmbH desde el 20 de enero de 2004 hasta el 18 de enero de 2011"

Tal y como expresa la sentencia recurrida en nada se nombra en forma directa a la entidad demandada, no resulta argumento sostenible la participación en la misma de la nombrada como responsable, por las razones ya expresadas en las resoluciones parcialmente transcritas "supra" a las que nos remitimos, en que no hemos aceptado que " **l a sola la condición de filial del grupo**" en la fecha de que se trata no permite asignarle la



condición de responsable de daños que, en su caso traigan causa de la actuación anticompetitiva de la que era su matriz" ... en el momento relevante.

Todo ello conduce a la desestimación del motivo de recurso planteado por la representación del demandante D. Ruperto, sin entrar en el examen de las demás cuestiones planteadas, que decaen por la confirmación del pronunciamiento estimatorio de falta de legitimación pasiva.

TERCERO. - Costas de la primera instancia y de la apelación. Depósito para apelar.

La desestimación del recurso de apelación conlleva los siguientes pronunciamientos:

1) Costas de la primera instancia.

No hacemos aplicación al caso del principio de vencimiento a que se refiere el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, justificando nuestra decisión en el primer apartado del precepto y en particular: i) en la novedad de los procedimientos relativos a la aplicación privada del derecho de la competencia ii) la propia complejidad jurídica de las cuestiones sometidas a la decisión de los tribunales, iii) la existencia de criterios discrepantes entre los distintos Juzgados de lo Mercantil del territorio nacional, que hemos constatado y a la que se refiere la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, citada tu supra. Así como el hecho de que la Audiencia de Barcelona haya promovido una cuestión prejudicial, como ya hemos apreciado en resoluciones precedentes.

2) Sobre las costas de la apelación. Por idénticas razones, entendemos que no procede imponer las costas de esta segunda instancia a la parte recurrente, pese a la desestimación del recurso planteado, haciendo uso de la posibilidad a que se ha aludido anteriormente.

3) Depósito para apelar:

La desestimación del recurso de apelación tiene como efecto la pérdida por la parte recurrente del importe del depósito para recurrir a que se refiere la Disposición Adicional 15 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

SE DESESTIMA el recurso de apelación interpuesto por la representación de Ruperto contra la sentencia dictada con fecha 1 de abril de 2019 por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del juzgado Mercantil 2 de Valencia, que se CONFIRMA, sin expresa imposición de costas de ninguna de ambas instancias y con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes y, de conformidad con lo establecido en el artículo 207.4 Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, una vez transcurridos los plazos previstos, en su caso, para recurrir sin haberse impugnado, quedará firme, sin necesidad de ulterior declaración; procediéndose a devolver los autos originales, junto con certificación literal de la presente resolución y el oportuno oficio, al Juzgado de su procedencia.

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

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