



Roj: **SAP V 4152/2019 - ECLI:ES:APV:2019:4152**

Id Cendoj: **46250370092019101284**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **9**

Fecha: **16/12/2019**

Nº de Recurso: **1126/2019**

Nº de Resolución: **1680/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **PURIFICACION MARTORELL ZULUETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJM V 549/2019,**  
**SAP V 4152/2019**

**ROLLO NÚM. 001126/2019 V**

**SENTENCIA NÚM.: 1680/19**

Ilustrísimos Sres.:

#### **MAGISTRADOS**

DOÑA ROSA MARÍA ANDRÉS CUENCA

DOÑA PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA

DON LUIS SELLER ROCA DE TOGORES En Valencia a dieciséis de diciembre de dos mil diecinueve.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DOÑA PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA**, el presente rollo de apelación número 001126/2019, dimanante de los autos de Juicio Ordinario [ORD] - 000344/2018, promovidos ante el JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE VALENCIA, entre partes, de una, como apelante a Jose Pedro , representado por el Procurador de los Tribunales don/ña FRANCISCO JOSE GARCIA ALBERT, y de otra, como apelados a FIAT CHRYSLER AUTOMOBILES NV y CNH INDUSTRIAL NV representado por el Procurador de los Tribunales don/ña FRANCISCO ABAJO ABRIL, en virtud del recurso de apelación interpuesto por Jose Pedro .

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado del JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE VALENCIA en fecha 23 de abril de 2019, contiene el siguiente FALLO: "*Que estimando como estimo la demanda promovida por el Procurador Sr. Garcia Albert en la representación que ostenta de su mandante D. Jose Pedro , debo condenar y condeno a las demandadas FIAT CHRYSLER AUTOMOBILES NV y CNH INDUSTRIAL NV a que abonen a la parte actora la cantidad de TRES MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y CINCO EUROS (3.985,00.- euros) de principal, con más los intereses legales de la misma desde el día 4 de abril de 2018 y hasta el completo pago de la deuda, todo ello sin efectuar especial pronunciamiento en materia de costas procesales causadas. "*

**SEGUNDO.-** Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por Jose Pedro , 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**



Se aceptan los de la resolución apelada en lo que no se oponga al contenido de la presente. Damos por reproducidas las transcripciones de la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016, para evitar innecesarias repeticiones.

#### **PRIMERO. - Resumen de la sentencia apelada.**

La Sentencia del Juzgado Mercantil 1 de Valencia de 23 de abril de 2019 estima parcialmente la demanda interpuesta por Don Jose Pedro contra CNH INDUSTRIAL NV y FIAT CHRYSLER AUTOMÓBILES NV, en ejercicio de la acción de reclamación por daños derivados de la infracción de las normas de la competencia en el marco del denominado cártel de los fabricantes de camiones, y condena a las entidades demandadas al abono de la cantidad de 3985 euros, más intereses desde el 4 de abril de 2018, sin hacer pronunciamiento impositivo en materia de costas procesales.

El magistrado "a quo" sustenta su decisión en los argumentos que relacionamos, a modo de síntesis:

1) Desestima la excepción alegada de falta de legitimación pasiva invocada por la parte demandada, a quien reconoce legitimación ad causam para soportar la acción instada contra ella.

2) Desestima la excepción de prescripción, fijando el día inicial del cómputo en el 6 de abril de 2017 (publicación del resumen de la Decisión de la Comisión en el DUE) que es el momento en que la parte tiene conocimiento de forma efectiva de la existencia de la infracción y de la existencia de perjuicios derivados de ella. La demanda se interpuso el 4 de abril de 2018, dentro del plazo conferido por el artículo 1969 del C. Civil.

3) Identifica la acción ejercitada como "acción follow on", y determina la normativa aplicable al caso en relación al momento en que se produjeron los hechos, anteriores a la Directiva 2014/104.

4) En cuanto a la legitimación cuestionada por las demandadas, afirma:

a. CNH INDUSTRIAL NV es la matriz de IVECO ESPAÑA SL, comercializadora de los camiones en España, y cita la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2019.

b. Se remite al apartado 97 de la Decisión de la comisión, en la que se dice en referencia a IVECO que se consideran solidariamente responsables por la infracción cometida por ésta, entre otras, a FIAT CHRYSLER AUTOMOBILES NB.

5) En el Fundamento cuarto, previa transcripción, en lo que procede, de la Decisión de la Comisión de 19 de junio de 2016, analiza la concurrencia de los presupuestos de estimación de la acción del artículo 1902 del C. Civil, que considera que concurren.

6) Respecto a la cuantificación del daño, adopta los criterios fijados por el Juzgado de lo Mercantil 3 de Valencia, en el sentido de no considerar suficiente el informe pericial aportado por la demandante, por lo que pondera el daño fijando un porcentaje del 5% del precio de compraventa del camión afectado, con un resultado de 3.985 euros, más intereses desde la fecha de interposición de la demanda.

7) No hace pronunciamiento impositivo en materia de costas procesales.

#### **SEGUNDO. - Recurso de apelación promovido por la representación de las demandadas FIAT CHRYSLER AUTOMOBILES NV y CNH INDUSTRIAL NV.**

La representación de las entidades citadas apela afirmando que la Sentencia adolece de una gravísima contradicción que afecta al sentido del fallo, porque tras indicar que no es aplicable la Directiva 2014/104 por la fecha en que se produjeron los hechos, estima, más adelante, la presunción de sobrecostes por la actuación del cártel, así como la existencia de daños y perjuicios. Y desarrolla, los siguientes motivos de recurso:

1.- La Directiva 2014/104 no es aplicable, ni directa, ni indirectamente, a los hechos enjuiciados en el litigio a tenor de su propio contenido y de las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que cita en sustento de su tesis. Considera la recurrente que la resolución confunde la regulación prevista para las disposiciones sustantivas, y las disposiciones procesales, que sí que son de aplicación a las acciones por daños ejercitadas desde el 27 de diciembre de 2014, fecha en la que se produjo la entrada en vigor de la Directiva. Tras identificar los diversos errores en los que, a su juicio, incurre la resolución apelada - por cita de las conclusiones de la Abogada General Kokott, o por referencia al principio de aplicación conforme - señala que no pueden burlarse las reglas de irretroactividad de la norma, ni pueden aplicarse los principios del artículo 17 de la Directiva, contrarios al derecho español anterior a su existencia, lo que supondría una interpretación "contra legem" prohibida.

2.- Prescripción de la acción porque el día inicial del cómputo fue el 19 de julio de 2016, que es la fecha de la Decisión de la Comisión y de la nota de prensa publicada, por lo que a la fecha de la demanda ya había transcurrido el plazo legal de un año para su ejercicio.



3.- El tercer motivo argumenta sobre la falta de prueba de la existencia y cuantificación del daño, lo que conduce a la desestimación de la demanda por no concurrir los presupuestos para acoger la acción ejercitada al amparo del artículo 1902 del C. Civil. Indica que la conducta sancionada consiste, en esencia en intercambio de información (no es el cártel típico de fijación de precios), y en que el ilícito sancionado lo es por su objeto sin entrar a valorar si la conducta ha producido, o no, efectos. Añade que es necesaria (e inexistente) la prueba de la realidad y de la cuantificación del daño por parte del demandado, sin que por éste se haya cumplido con la carga que le incumbe porque ha contratado un perito que incumple con el deber de objetividad que establece la LEC (pacta con sus clientes un variable en función de la estimación total o parcial de la demanda), que carece de los conocimientos técnicos necesarios para emitir el informe (no es licenciado en economía) y desprecia los métodos de cuantificación recomendados en la Guía de la Comisión. La falta de convicción provocada por el informe pericial debió conducir a la desestimación de la demanda, como ha ocurrido en otros procedimientos judiciales seguidos en Zaragoza, o incluso en el Mercantil 2 de Valencia, antes de que adoptara el criterio del Juzgado de lo Mercantil 3. Añade a lo anterior que ni es posible presumir el daño ni se hace una correcta interpretación de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013 dadas las grandes diferencias entre los cárteles analizados en uno y otro caso. La Sentencia del Tribunal Supremo ni invierte la carga de la prueba, ni presume el daño, ni, por supuesto, aplica una estimación judicial del mismo.

4.- El último motivo de apelación tiene por objeto la falta de legitimación pasiva de CNH porque la única relación que tiene dicha entidad con el caso, deriva de su condición de sociedad matriz durante 18 días de enero de 2011.

Y termina por solicitar la revocación de la sentencia apelada y la íntegra desestimación de la demanda con imposición a la demandante de las costas de la primera instancia.

La representación del Sr. Jose Pedro se opone rechazando todos y cada uno de los argumentos esgrimidos por las demandadas, tanto en lo que concierne a la normativa aplicable, como al momento temporal del ejercicio de la acción (dentro de plazo legal), contenido de la Decisión de la Comisión, relación de causalidad y dificultad probatoria, o, finalmente, a la legitimación de la codemandada - destinataria de la decisión y responsable solidaria -, por lo que pide la desestimación del recurso y la imposición de las costas de la alzada a las recurrentes.

TERCERO. - Recurso de apelación formulado por la representación del demandante DON Jose Pedro .

La representación procesal del Sr. Jose Pedro también se alza en apelación contra la resolución dictada en la instancia, con arreglo a las siguientes alegaciones:

1.- Impugna el Fundamento Cuarto argumentando que el daño es superior al 5% del valor de compra del vehículo, con remisión al contenido del informe pericial aportado por su representada, que se basa en un método válido de los consignados por la ciencia económica, en relación con los principios de eficacia, equivalencia e indemnidad que se desarrollan en la jurisprudencia comunitaria. Y añade a lo anterior que dicho informe queda respaldado por el método refrendado por el Registro de Expertos en Economía Forense (REFOR). Considera - subsidiariamente - que la ponderación judicial del daño es incorrecta, a tenor del examen que realiza del informe OXERA, del que se concluyen porcentajes más altos de los aplicados por la resolución apelada, sin que exista razón para apreciar que, en el presente caso, no estamos ante un supuesto de aplicación de tales porcentajes dada la naturaleza internacional del cártel, el amplio período temporal que abarca, etc. E invoca la Sentencia del Juzgado Mercantil 1 de Bilbao de 3 de abril de 2019, que concede un porcentaje mayor al establecido en la sentencia apelada.

2.- Respecto del Fundamento Jurídico Quinto, alega la errónea valoración respecto a la condena de los intereses. Deben concederse desde la compra del vehículo de acuerdo con el suplico y la fundamentación jurídica de la demanda. La correcta interpretación de los artículos 1902 y 1108 (en relación con el considerando 19 de la Directiva) debe realizarse en el sentido de que el interés se devenga desde el momento en el que se produjo el daño, e invoca - entre otras - la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2012.

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

La representación de las demandadas se opone al recurso de apelación y solicita su desestimación con imposición a la recurrente de las costas procesales causadas.

**CUARTO. - Precisiones previas.**



Delimitados los términos del debate, esta Sala pasará a pronunciarse sobre las diversas cuestiones suscitadas, a fin de dar cumplimiento a lo ordenado en los artículos 218 y 465. 5 de la LEC, sin perjuicio de agrupar, en lo necesario, el examen de los temas que requieran de un análisis conjunto (en particular, la valoración de la prueba pericial y la cuantificación judicial del daño).

Y añadimos a lo anterior, que el objeto de nuestra resolución es, precisamente dar cumplimiento a lo que establece el artículo 456.1 de la LEC sin perder de vista que nos hallamos en el marco de un proceso, en el que la tarea judicial es la de decidir sobre el caso concreto con sustento en las alegaciones vertidas en los escritos rectores (demanda y contestación), la prueba practicada y el régimen de fuentes aplicable. Esto implica una solución concreta para un supuesto fáctico concreto, y en este caso, el correspondiente al asunto ventilado entre el Sr. Jose Pedro como demandante (en el ámbito de una acción "follow on", en su condición de eventual perjudicado por la infracción de las normas de la competencia), y las entidades FIAT CHRYSLER AUTOMOBILES NV y CNH INDUSTRIAL NV, como demandadas (destinatarias de la decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016, en el Asunto AT.39824- Camiones).

Finalmente, apuntamos una alteración del orden propuesto por los litigantes, pues para una mejor sistematización de nuestros pronunciamientos (condicionados unos a la respuesta que demos a otros), comenzaremos examinando la legitimación pasiva, seguiremos con la prescripción y finalmente, abordaremos las cuestiones relativas a la normativa aplicable, la valoración de la prueba pericial, la ponderación del daño, el devengo de intereses y el pronunciamiento sobre las costas de la primera instancia.

#### **QUINTO. - Sobre la legitimación pasiva de CNH INDUSTRIAL NV.**

En la alegación cuarta del recurso de apelación de las demandadas, se reitera la falta de legitimación pasiva de CNH INDUSTRIAL NV, que fue desestimada por el magistrado "a quo".

Si bien compartimos los argumentos de la resolución apelada sobre la legitimación de la demandada para soportar la acción, en cumplimiento del deber de motivación que impone el artículo 218 en relación con el 465.5 de la LEC, expondremos las razones que nos conducen a la confirmación de la sentencia en este punto.

En el párrafo 14 de la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016 se incluye a CNH INDUSTRIAL en la descripción de las sociedades de IVECO que se consideran responsables de la infracción. Más adelante, en el párrafo 43, cuando la Comisión se refiere a la solicitud de transacción de cada uno de los destinatarios de la Decisión, se hace expresa referencia al "*reconocimiento, en términos claros e inequívocos, de su responsabilidad en la infracción*". Y en el 97 (d) se le declara conjunta y solidariamente responsable de la infracción cometida por IVECO, en su condición de sociedad matriz por la conducta de su filial (indirecta) IVECO Magirus AG, desde el 11 de enero de 2011 hasta el 18 de enero de 2011, constando su reconocimiento de que, en dicha condición de sociedad matriz ejerció influencia decisiva sobre su filial IVECO SpA, así como sociedad matriz (indirecta) sobre la citada IVECO Magirus AG. Finalmente, en el artículo 4, aparece entre las destinatarias de la Decisión. De ello se deduce, a priori, su legitimación para soportar las acciones de reclamación de daños consecuencia de la infracción sancionada, sin necesidad de mayor razonamiento.

Dicho esto, de la delimitación temporal de 18 días no puede extraerse la consecuencia que pretende la demandada para eludir el pronunciamiento de condena, con sustento: i) en el hecho de que la operación de compra de camión origen de la demanda se produjo en fecha 30 de junio de 2008, a un concesionario independiente, fuera del marco temporal indicado, y muy anterior a las fechas entre las que se desarrollaron las conductas que culminan con su sanción, ni, ii) por otra parte, en su no intervención en la venta al actor, dado que la comercialización en España se realizaba a través de IVECO ESPAÑA SL (no destinataria de la Decisión).

No podemos acoger los argumentos esgrimidos por la recurrente.

No sólo no hay impedimento legal, sino que es lo adecuado con arreglo al artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que el actor se dirija contra quien aparece como destinataria de la Decisión, y comercializa los productos afectados por la infracción a través de sus filiales nacionales, a tenor de la estructura de ventas que se describe en el párrafo 25 de la Decisión de la Comisión (ya sean distribuidores y concesionarios propios, ya empresas concesionarias independientes). Precisamente, para salvar la falta de legitimación pasiva de quien no ha sido objeto de sanción (en la relación directa entre el comprador y la filial española), se plantea la reclamación frente al responsable originario, como titular de la relación jurídica u objeto litigioso.

La responsabilidad que resulta de la Decisión de la Comisión es solidaria. No puede exigirse al eventual perjudicado que haga una labor de investigación y valoración de las conductas de las destinatarias de la infracción en función de sus modificaciones estructurales y concretos períodos en que, en cada momento, operaron bajo una distinta denominación. Por ello, los coinfractores son conjuntamente responsables de la totalidad del perjuicio causado por la infracción, en el ámbito de la relación externa de la solidaridad, y sin perjuicio de la eventual distribución entre codeudores (relación interna).



No podemos perder de vista que, en la propia Decisión de la Comisión se hace referencia a la modificación estructural de IVECO. A lo largo del párrafo 97 (en sus diversos apartados) menciona a FIAT CHRYSLER AUTOMOBILES NV como "antigua" sociedad matriz de IVECO SpA. En la Tabla 2 (párrafo 120) relativo a la duración de la infracción, se atribuye a la "empresa" IVECO un período comprendido entre el 17 de enero de 1997 y el 18 de enero de 2011. Y si volvemos al párrafo 97 encontraremos la relación de las sociedades que se consideran conjunta y solidariamente responsables de la infracción cometida, entre las que se encuentra - como ya hemos dicho - la entidad codemandada. Resulta de lo actuado que el origen de CNH INDUSTRIAL NV y de FIAT CHRYSLER AUTOMÓBILES NV es la consecuencia de la separación de Fiat SpA, en 2011, en dos sociedades, así como de procesos de modificación estructural que condujeron a la conformación de las codemandadas (Nota 14 a pie de página relativa al párrafo 35 de la Decisión de la Comisión).

Sin perjuicio de cuanto se ha expuesto (suficiente para desestimar el motivo de apelación por resultar directamente de la Decisión de la Comisión que sirve de base a la acción ejercitada), simplemente apuntaremos la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la que, en relación a los conceptos de "empresa" y "unidad económica" es posible la extensión de la responsabilidad en el ámbito de la sucesión empresarial derivada de las modificaciones estructurales, que es cuestión que se aborda en la sentencia apelada, que cita, a su vez, la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2019, C- 724/17. El TJUE dice en los apartados 38 y siguientes, que transcribimos:

*"38 En el caso de una situación de reestructuración empresarial, como la del litigio principal, en la que la entidad que cometió la infracción del Derecho de la Unión en materia de competencia ya no existe, procede recordar que, cuando una entidad que ha cometido una infracción es objeto de un cambio jurídico u organizativo, este cambio no produce necesariamente el efecto de crear una nueva empresa exenta de responsabilidad por comportamientos contrarios a las normas sobre competencia de la antigua entidad sí, desde el punto de vista económico, existe identidad entre esta y la nueva entidad (véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de diciembre de 2007, ETI y otros, C-280/06, EU:C:2007:775 , apartado 42; de 5 de diciembre de 2013, SNIA/Comisión, C-448/11 P, no publicada, EU:C:2013:801 , apartado 22, y de 18 de diciembre de 2014, Comisión/Parker Hannifin Manufacturing y Parker-Hannifin, C-434/13 P, EU:C:2014:2456 , apartado 40).*

*39 Así pues, imputar la responsabilidad de una infracción a una sociedad en su condición de sociedad absorbente de la sociedad infractora cuando esta ya no existe no es incompatible con el principio de responsabilidad personal ( sentencia de 5 de diciembre de 2013, SNIA/Comisión, C-448/11 P, no publicada, EU:C:2013:801 , apartado 23 y jurisprudencia citada).*

*40 Además, el Tribunal de Justicia ha precisado que, a efectos de la aplicación eficaz de las normas de la Unión en materia de competencia, puede resultar necesario imputar la responsabilidad de las infracciones de esas normas al adquirente de la empresa infractora cuando esta desaparece a consecuencia de su absorción por aquel, quien, en su condición de sociedad absorbente, adquiere sus activos y pasivos, incluidas sus responsabilidades derivadas de infracciones del Derecho de la Unión ( sentencia de 5 de diciembre de 2013, SNIA/Comisión, C-448/11 P, no publicada, EU:C:2013:801 , apartado 25).*

*41 [...]*

*46 Por tanto, si una empresa responsable del perjuicio ocasionado por una infracción de las normas de competencia de la Unión pudiera eludir su responsabilidad simplemente por el hecho de que su identidad se ha visto modificada como consecuencia de reestructuraciones, cesiones u otros cambios de carácter jurídico u organizativo, se pondrían en peligro el objetivo perseguido por este sistema y el efecto útil de dichas normas (véase, por analogía, la sentencia de 11 de diciembre de 2007, ETI y otros, C-280/06 , EU:C:2007:775 , apartado 41 y jurisprudencia citada)."*

#### **SEXTO. - Sobre la prescripción de la acción.**

Partimos de que la acción ejercitada es una acción consecutiva. En particular, la instada por Don Jose Pedro (en su calidad de propietario del camión de la marca IVECO, modelo AT260S42Y/P matrícula .... RYP ), al amparo del artículo 1902 del C. Civil (Fundamento Décimo de la demanda), en reclamación de daños por infracción de las normas de la competencia, consecuencia del denominando "cártel de los fabricantes de camiones". La acción se sustenta en la Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016, que identifica y describe las prácticas sancionadas y enumera los sujetos destinatarios de la sanción, acompañada a la demanda en su versión auténtica en inglés, con su traducción jurada al español (documento 7, folios 51 y sucesivos del primero de los tres tomos que integra el expediente).

No ha sido controvertida la aplicación - por razones temporales - del plazo prescriptivo de un año a que se refiere el artículo 1968.2 del C. Civil. Lo que se discute es el momento a partir del cual debe computarse.



La representación demandada considera que empieza a correr - en el mejor de los casos, y según el iter cronológico cuya descripción inicia por referencia al 1 de septiembre de 2010, en que empezó la investigación -, desde la Decisión de la Comisión Europea (19 de julio de 2016). En tal fecha - según argumenta- se publicó en la página web una extensa nota de prensa detallando las conductas infractoras, el período de infracción, el alcance geográfico, las empresas involucradas y el reconocimiento del derecho al ejercicio de acciones por los eventuales perjudicados. Partiendo de tal fecha considera que la demanda registrada el 4 de abril de 2018 estaría fuera de plazo legal, con la consecuente prescripción del derecho. Y afirma que el demandante tenía a su disposición toda la documentación necesaria para el ejercicio de su acción desde la fecha indicada del 19 de julio de 2016, porque así se desprende del propio tenor de la demanda.

El magistrado "a quo" rechaza tales alegaciones en el último párrafo del Fundamento primero de la Sentencia y fija el día inicial del cómputo en conexión con el momento en que fue publicado el resumen de la Decisión en el Diario Oficial de la Unión Europea el 6 de abril de 2017, por lo que al tiempo del registro de la demanda en el RUE, no había prescrito. Afirma en la sentencia que la información generalista que resulta de la nota de prensa inicial es insuficiente para el conocimiento de los aspectos en que deba fundarse la acción por los eventuales perjudicados. Añadimos nosotros que este criterio ha sido el seguidamente mayoritariamente por los Juzgados de lo Mercantil que han dictado los primeros pronunciamientos en los procesos iniciados en esta materia, con sustento en el artículo 1969 del C. Civil y los propios principios orientadores de la Directiva 2014/104/UE (considerando 36).

No hay que acudir a la Directiva para resolver la cuestión.

Sin perjuicio de los criterios que resultan de la Sentencia del TJUE de 13 de julio de 2006 (asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, Manfredi, en materia de prescripción) conviene recordar, con la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2019 (ROJ: STS 2508/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2508, que cita pronunciamientos anteriores de los que resulta su doctrina) que:

- 1.- La prescripción ha de ser interpretada restrictivamente por tener su fundamento en razones de seguridad jurídica y no de justicia material ( STS N.º 326/2019, de 6 de junio).
- 2.- El plazo de prescripción es improrrogable, no siendo posible una interpretación extensiva de los supuestos de interrupción ( Sentencias de 19 de octubre 2009 y 16 de marzo 2010, entre otras).
- 3.- Con cita de su Sentencia N.º 721/2016, de 5 de diciembre, añade que la aplicación de la prescripción por los Tribunales no debe ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva y que al llevar a cabo la labor interpretativa se ha de tener presente el derecho a la tutela judicial efectiva ( artículo 24.1 CE) en su vertiente de acceso a la jurisdicción, " *ya que la estimación de la prescripción adquiriría relevancia constitucional cuando sea el resultado de una interpretación y aplicación legal que por su rigorismo, formalismo excesivo o desproporción entre los fines que preservan la consecuencia de cierre del proceso, se conviertan en un obstáculo injustificado para resolver sobre la pretensión deducida (por todas STC 148/2007, de 18 junio )*."

Añadimos a lo anterior que:

- 1.- Con arreglo a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de septiembre de 2013 ( STS 4739/2013 - ECLI: ES:TS:2013:4739) el conocimiento del daño sufrido determina el comienzo del plazo de prescripción. En el Fundamento Jurídico Sexto, por referencia al momento en que la demandante tuvo acceso a la información por la entrega de un soporte informático que la contenía, afirma que " *Sólo a partir de ese momento, la perjudicada por el acto de abuso de posición de dominio estaba en condiciones de conocer el alcance del perjuicio causado y determinarlo, para poder reclamar de la demandada su indemnización*".
- 2.- La Sentencia de la Sección 28 de la Audiencia de Madrid de 3 de julio de 2017 (Roj: SAP M 9034/2017 - ECLI: ES: APM:2017:9034 - relativa al cártel del seguro decenal, Resolución de la CNC de 12 de noviembre de 2009), con cita - entre otras - de las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2016 y 20 de octubre de 2015 dice que " *la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir*". Y añade: " *Este principio exige, para que la prescripción comience a correr en su contra, que la parte que propone el ejercicio de la acción disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar " (...). Pues bien, siendo de ordinario las prácticas colusorias conductas de carácter complejo mantenidas en el tiempo y en las que intervienen varias personas o entidades mercantiles, no creemos que la simple noticia de que un reasegurador ha retirado su oferta por razón de virtuales presiones, pese a representar un indicio de esa clase de prácticas, constituya a su receptor en una situación de "aptitud plena para litigar". Como tampoco posee tal capacidad la mera noticia de que el órgano administrativo de defensa de la competencia está llevando a cabo una investigación sobre el particular, al menos mientras no se tenga constancia del resultado nal de dicha investigación en sede administrativa*".



Aun cuando es cierto - como sostiene la demandada - que la nota de prensa de 19 de julio de 2016 (documento 5 de la demanda y 16 de la contestación) contiene información sobre infractores, conductas, espacio geográfico, duración y ejercicio de acciones, consideramos que no es suficiente para acoger la prescripción alegada.

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 publicación 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 - como resulta de la sentencia apelada - en la fecha de la 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 continuada del artículo 101 del TFUE que había operado - en términos generales - desde el 17 de enero de 1997 hasta el 18 de enero de 2011.

Y siendo así, (prescindiendo de las reclamaciones extrajudiciales del mes de marzo de 2018 en las que se cuantifica el daño, folios 97 a 108), al tiempo de la presentación de la demanda el 4 de abril de 2018 (folio 2 del primer tomo), la acción no estaba prescrita.

#### **SEPTIMO. - Sobre la normativa aplicable y el principio de interpretación conforme.**

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 texto vigente de la Ley de Defensa de la Competencia, derivado de la transposición de la Directiva 2014/104.

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

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

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

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

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

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):

a. 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).

b. 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.

c. 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...*".

d. 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.

4) 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 ó 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.*"

f. 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.***"





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

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

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

La Audiencia de Zaragoza (sección 5ª), en la Sentencia de 1 de septiembre de 2015 (ROJ: SAP Z 1823/2015 - ECLI:ES:APZ:2015:1823) se refiere a la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la indemnización correspondiente a los casos de daños o perjuicios causados como consecuencia de actos de competencia desleal, y la aplicación "*por lo general, salvo ciertas excepciones*" de la doctrina "ex re ipsa" (cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2014). Y extrae las siguientes conclusiones: 1) en principio, se presume la existencia del daño cuando deriva de actos de los que por la propia razón de las cosas el daño ha de haberse causado. 2) se requiere que tales actos o conductas sean de tal entidad o naturaleza que deba entenderse que producen necesariamente el daño, en cuyo caso, el afectado solo ha de probar el hecho del comportamiento desleal y la relevancia del mismo. 3) La aplicación debe hacerse con "cautela y prudencia" ( Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2014): la flexibilidad probatoria "*no obsta al hecho de que a quien reclame la indemnización de unos daños y perjuicios corresponda su prueba inicial, o cuando menos la exposición razonada y convincente de los hechos que permitan valorarlo en su justa medida, conforme a Jurisprudencia mantenida constantemente, sin tener que pasar por el reconocimiento de cantidades por esta vía de indemnización claramente fuera de lugar, que carezcan del debido fundamento, sin prueba suficiente que permita con cierta claridad 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 - ECLI:ES:APA:2019:2183).

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

Por tanto, en el análisis 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 - no controvertida en la instancia, a tenor de las conclusiones vertidas en el acto de juicio por la dirección letrada de la parte demandada en este específico particular - la concurrencia del primero de los presupuestos exigidos por el artículo 1902: la existencia de una infracción reconocida, y declarada por quien tiene competencia para ello.



La Decisión de la Comisión justifica el ejercicio de la acción planteada por Don Jose Pedro en reclamación de daños y perjuicios, frente a quienes han sido destinatarias de la sanción impuesta por ella.

Ello nos permite seguir avanzando en los demás temas litigiosos.

#### **OCTAVO. - Posición de las partes en la instancia y pruebas aportadas al proceso.**

La resolución dictada en la instancia no tiene un apartado específico relativo a la declaración de hechos probados (sin perjuicio de que se infieran de su contenido, conforme al artículo 209.2ª LEC), por lo que esta sala considera conveniente hacer un breve relato de los antecedentes y pruebas obrantes en el proceso, de las que extraeremos las oportunas conclusiones.

8.1.- La representación del Sr. Jose Pedro presentó la demanda en fecha 4 de abril de 2018, argumentando su cualidad de comprador del vehículo matrícula .... RYP , adquirido el 30 de junio de 2008 por importe de 79.700 euros, según factura que acompaña en el bloque documental 2, integrado por la indicada factura (folio 39) expedida por MEDITERRANEA DE CAMIONES SL, CONCESIONARIO OFICIAL DE IVECO, más la tarjeta de transportes del vehículo y el permiso de circulación.

El actor afirmó haber sufrido un daño como consecuencia de la existencia de un cártel de fijación de precios en el que habían participado las entidades demandadas, aportando para la acreditación del ilícito que sustenta la acción la versión no confidencial de la Decisión de la Comisión de 6 de abril de 2017 (documento 7, al folio 51 y siguientes integrado por la versión en inglés y su traducción jurada), entre otros documentos dirigidos a la misma finalidad.

En el acto de juicio, y con ocasión de la prueba de interrogatorio de parte, manifestó ser el propietario actual del camión, su condición profesional de autónomo dedicado esencialmente al transporte nacional de cartón, con un cliente prácticamente único que es quien determina las tarifas del transporte. Afirmó haber adquirido el vehículo a través del concesionario oficial, abonando su importe con fondos propios y mediante un préstamo bancario obtenido a tal fin. Y admitió haber hecho cesión temporal del camión a una Cooperativa hasta que obtuvo su propia tarjeta de transporte, situación ya superada.

Para la prueba del daño - que cuantificó en un 20,70% del precio de adquisición del vehículo - aportó en formato CD, correspondiente al "documento 8", un informe pericial, emitido por el ingeniero industrial Don Lucas , quien desarrolla su pericia a lo largo de 111 páginas (242 en total, con sus correspondiente bibliografía y anexos) de las que resulta: 1) un apartado de antecedentes sobre la descripción y características de un cártel, 2) los camiones como objeto del informe, 3) el impacto ambiental por las emisiones de los vehículos diésel, 4) los sobrecostes de los vehículos industriales por la implementación de soluciones para la retención de nox y partículas sólidas, 5) el establecimiento de multa por parte de la Comisión por el ilícito concurrencial, 6) el análisis de los diferentes métodos de cálculo para establecer la indemnización correspondiente a los vehículos afectados, 7) el análisis exhaustivo de los cárteles en Europa, 8) los modelos econométricos del mercado del camión, 9) y en las páginas 108 a 111, el dictamen propiamente dicho en el que fija en 400 euros el sobrecoste de "passing on" de implementación de tecnologías y en 13.668,52 euros por sobrecoste del camión. En ambos casos, más impuestos e intereses de demora.

El informe pericial fue ratificado en el acto de juicio y sometido a contradicción de las partes. De la revisión del soporte de grabación del juicio, destacamos los siguientes elementos relevantes de las manifestaciones del Sr. Lucas a las preguntas que le fueron formuladas:

a) *En cuanto a sus cualidades como experto:* su condición de ingeniero industrial, sin título oficial en economía o derecho. Destacó su estudio prolongado del cártel a lo largo de varios años (primero rodeado de un equipo de expertos) y su experiencia derivada de la confianza de los afectados (que cifró en el análisis de 6.000 facturas de camiones a lo largo de dos años).

b) *En lo que concierne a la metodología para la emisión del dictamen:* Desde el conocimiento de los métodos a que se refiere la Guía de la Comisión, y atendidas las particularidades del cártel enjuiciado, explicó en la vista las razones por las que no eran de aplicación los aconsejados en ella. Afirmó que, con soporte en la propia Guía, es posible acudir al método utilizado por referencia a los estudios de investigación que cita (particularmente el informe Smuda) del que extrae el porcentaje del 20,70%, que aplica al precio soportado por el cliente. Y destacó que su criterio metodológico está respaldado por el Registro de Economistas Forenses (Refor). También se ha basado en precedentes judiciales (entre otros, sobre el cártel de los sobres de papel), teniendo en cuenta las diferencias de complejidad entre unos y otros casos.

c) *Respecto a las conclusiones:* 1) El producto es homogéneo en origen y muy heterogéneo en destino (múltiples variantes, diferentes características técnicas, con incidencia en el precio). 2) Dificultades de cuantificación derivadas de la asimetría informativa entre las partes. De las facturas (inespecíficas en cuanto



a las características técnicas, accesorios, descuentos aplicados...) no pueden extraerse los datos que serían necesarios para la aplicación de una metodología distinta a la utilizada. 3) Las conductas descritas en la Decisión de la Comisión han tenido efecto en el mercado por incremento artificial del precio de inicio, que se repercute con independencia del descuento y se traslada aguas abajo hasta el comprador. 4) Dos conductas sancionadas, dan lugar a dos cuantificaciones, la relativa al sobrecoste (20,70%) y la relativa a la repercusión al cliente de la implementación de nuevas tecnologías (400 euros), sin que ello implique duplicar el daño.

El perito fue objeto de tacha por la representación de la parte demandada con sustento en los siguientes argumentos: 1) No reunir los requisitos que exige el artículo 340 de la LEC por carecer del título oficial correspondiente al objeto de la pericia - economía -, 2) Interés en el resultado del procedimiento (o en proceso análogo) por pacto - acreditado documentalmente - de prima de éxito.

8.2. Previo al análisis de la posición de la demandada y de la contestación de la demanda, conviene apuntar que el expediente sufrió una serie de vicisitudes derivadas, - como en otros procedimientos similares - de la discusión en torno al emplazamiento de las demandadas y traducción de documentos, y de la declinatoria de jurisdicción planteada, que no prosperó (con la consecuente demora temporal en el marco de las actuaciones judiciales).

8.3. La contestación entró en el expediente el 24 de septiembre de 2018. Ambas codemandadas comparecieron bajo la misma representación y dirección letrada, para afirmar (en lo que se ha replanteado en el recurso) que: i) La Decisión de la Comisión no establece ningún efecto ni vínculo entre la infracción sancionada y los precios de venta de los camiones en España, realizadas por la filial española - no destinataria de la decisión-. Argumentó que la conducta sancionada consistió esencialmente en el intercambio de precios brutos paneuropeos en los que no participó IVECO ESPAÑA y de los que no hay constancia de incidencia en los precios de lista brutos españoles. En lo que concierne a la implementación de la tecnología de emisiones Euro 3 a Euro 6, se introdujeron camiones en el mercado español que cumplieran las diferentes tecnologías en momentos anteriores a la fecha de cumplimiento obligatorio; ii) La Decisión de la comisión no demuestra que las conductas investigadas hayan tenido ningún efecto en los precios finales de venta de los camiones, a tenor de la naturaleza de la conducta investigada. Afirmó que los precios brutos guardan escaso o nulo parecido con los precios netos, y añadió que IVECO aplica, a menudo, enormes descuentos, que pueden superar incluso el 40%, iii) El siguiente argumento tuvo por objeto la defensa del "passing on", con sustento en que "*cualquier supuesto sobrecoste ha sido trasladado por el demandante a sus clientes aguas abajo*", afirmó la ausencia de daño y una referencia a la amortización fiscal del sobrecoste; iv) Negó cualquier valor probatorio al informe pericial aportado por la parte actora, al tiempo que anunciaba la aportación de su propio informe; v) Se opuso a la pretensión formulada en materia de intereses, y vi) alegó la prescripción de la acción (sobre la que ya nos hemos pronunciado, al igual que sobre la falta de legitimación pasiva).

Como documentos nuevos (respecto de los ya obrantes en la demanda) aportó un informe del vehículo controvertido (folio 273), facturas emitidas por IVECO ESPAÑA (folios 274 a 279), e información publicada en internet (folios 317 y siguientes) y recortes procedentes de revistas y periódicos (folio 338 y correlativos).

Finalmente, al folio 348 consta el dictamen emitido por Doña Sandra, Don Tomás y Don Valentín (Compass Lexecon), titulado "Análisis económico del informe de D. Lucas" en el que se combate a lo largo de 48 páginas (más anexos en formato digital), el contenido, metodología y conclusiones del anteriormente citado.

También este informe fue objeto de contradicción en el acto de juicio, correspondiendo su defensa al Sr. Tomás. Las líneas esenciales de su ratificación y argumentación en la vista, son las siguientes:

a) *En cuanto a sus cualidades como experto*: Su titulación académica en el ámbito de la economía (doctorado y máster) y su amplia experiencia profesional (20 años) en el ámbito de la competencia (reiterando lo que se indica en la página 8 del informe pericial unido al folio 348 y siguientes del primer tomo), con intervención en diversos expedientes y procesos, ante diferentes tribunales y autoridades.

b) *El objeto del dictamen*: el análisis económico del informe del Sr. Tomás, que reputa inhábil a los efectos de acreditación y cuantificación del daño invocado por el demandante. No tiene por objeto ofrecer una cuantificación alternativa.

c) *Respecto a las conclusiones*: 1) El cártel de los camiones no es un cártel duro desde el punto de vista de la ciencia económica ni desde el punto de vista de la propia Decisión de la Comisión. No se trata de un cártel de fijación de precios sino de intercambio de información sobre incrementos de precios brutos, que no afecta al precio final. Aun en la hipótesis - que niega - de incremento de los precios brutos, ello no conllevaría, necesariamente, un incremento del precio neto. 2) El producto objeto del cártel no es homogéneo, sino heterogéneo, y ello dificulta la eficacia del propio cártel. 3) No se acredita la relación causal entre las conductas sancionadas y el sobrecoste aplicado por el Sr. Tomás, máxime cuando cada país tiene sus listas



de precios brutos y el intercambio de información se centra en Alemania, 4) La metodología utilizada en el informe del actor no es la adecuada a la finalidad perseguida: Se sustenta en trabajos de investigación - análisis estadístico -, en el marco de una finalidad distinta (no pretenden cuantificar daños), desaconsejada por la Guía de la Comisión y cuyos resultados (una estimación media del 20,70 % derivada de 191 observaciones, relativas a cárteles de distinto signo y alcance) no son extrapolables, sin más, al cártel de camiones. Y no tiene en cuenta las características del mercado, la incidencia de los descuentos, entre otros extremos.

8.3.- Con ocasión de la Audiencia Previa se aportó al proceso un importante número de resoluciones dictadas por tribunales alemanes y españoles (en primera instancia) que han quedado incorporadas al tomo segundo del expediente judicial (folios 60 y siguientes de dicho tomo). Entre las resoluciones dictadas por tribunales alemanes, constan tres de la Corte General de Hannover de 16 de abril de 2018, y una cuarta de 15 de octubre del mismo año. Y dos de la Corte General de Stuttgart de 30 de abril y 12 de noviembre de 2018. La incorporación al expediente de tales pronunciamientos sirve para verificar la existencia de procedimientos de reclamación de daños y perjuicios contra los fabricantes de camiones destinatarios de la Decisión de la Comisión, en las que se ha estimado la reclamación de adquirentes de camiones de 18 toneladas, con sustento en la aportación de la correspondiente factura de compra, en las que se ha apreciado el efecto de los acuerdos colusorios en el mercado y el carácter vinculante de la Decisión de la Comisión. Destacaremos, a efectos meramente orientativos, los siguientes datos que resultan de ellas.

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

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

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

4.- En el asunto 54 O 1/17 ventilado ante la Corte de Stuttgart, el demandante había adquirido 12 vehículos en un período comprendido entre noviembre de 1998 y octubre de 2011. Pedía un total de 285.303,84 euros más intereses a una tasa del 5% por encima de la tasa de interés base. Se reconoce el derecho del demandante a la reclamación de daños y perjuicios, si bien, en lo que concierne a la determinación de la cuantía considera insuficiente lo aportado por el solicitante y señala que para determinar la cantidad exacta del daño se debe obtener la opinión de un experto.

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

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

**NOVENO. - Sobre la existencia del daño y la valoración de la prueba pericial aportada al proceso.**

**9.1. Sobre el contenido y alcance de la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016.**

Ha sido debatido en el proceso la naturaleza y alcance de la Decisión. La parte demandada sostiene que el cártel sancionado no es un cártel de fijación de precios, sino que la conducta consistió en intercambio de

listas de precios brutos e información sobre precios brutos, que no tiene incidencia en el mercado y no ha producido como efecto sobreprecio, ni, consecuentemente, perjuicio económico al demandante por la compra del camión que titula. El actor, por el contrario, sostiene que el cártel es un cártel duro con efectos en el mercado generadores del perjuicio que reclama.

La Sentencia de Primera Instancia, en el cuarto de sus fundamentos, siguiendo el texto de la Decisión de la Comisión, concluye que de la misma no resulta que hubiera fijación de precio, sino intercambio de información con la finalidad de fijarlos, y que, en un período de cartelización tan alto (14 años) ese intercambio informativo constituye instrumento idóneo para la progresiva alineación de precios, lo que, junto con la presunción que resulta de la directiva, le induce a concluir en la existencia de elementos de prueba suficientes de su incidencia en los precios por la duración del cártel e intercambio de información para la limitación del calendario de introducción de tecnologías acordes con las nuevas normativas en materia de emisiones.

La incidencia de los precios brutos hacia los precios netos fue apreciada en la Sentencia del TGUE de 16 de septiembre de 2013 (prácticas colusorias en el ámbito del mercado de aparatos sanitarios, sobre coordinación de los incrementos de precios e intercambio de información sensible) invocada por la parte actora; respecto de la cual, la Sentencia del TJUE de 3 de julio de 2018 (T-379/10 y T-381/10) desestima el recurso de casación formulado contra ella. En los párrafos 60 a 67 de la Sentencia de 2013 se contienen apreciaciones sobre la influencia en los precios de venta a los consumidores de la coordinación anual de los precios de las listas de los fabricantes (con incidencia primero, en el nivel fijado para los mayoristas, y después para el destinatario final del producto), y se aprecia la posibilidad de que los incrementos coordinados de los precios de catálogo repercutan en los precios pagados por mayoristas y consumidores finales.

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

Partiendo de todo ello, la Sala comparte la conclusión expresada por el magistrado "a quo" y lo hace teniendo presente el contenido de los considerandos 50 y 51 de la Decisión (transcritos en la sentencia apelada) y el tenor del considerando 85, en el que se apunta que: "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."

Consecuencia de lo expuesto hasta el momento, y estando acreditado que el actor compró el vehículo dentro del período de cartelización (en el año noveno de los catorce apreciados en la Decisión de la Comisión), en el área de influencia geográfica del cártel (que abarcó la totalidad del territorio del espacio económico europeo), en el marco de la distribución de una de las empresas afectadas (IVECO), apreciamos - conforme al artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil - suficientes indicios para considerar la existencia de una relación de causalidad entre la conducta sancionada y su incidencia en el precio de adquisición del camión por el Sr. Jose Pedro .

## 9.2. 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 - tantas veces 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:

1.- 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).

2.- 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.

### **9.3.- Valoración efectuada en la instancia, y decisión del Tribunal en relación con las alegaciones efectuadas por la representación del Sr. Jose Pedro en su recurso.**

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

El Juzgado de lo Mercantil 1 de Valencia (conforme a su deber de motivación), en el Fundamento Jurídico Tercero expone las razones por las que, a su juicio, el informe emitido por el perito del demandante no resulta hábil para determinar el perjuicio sufrido por él, por lo que rechaza que deba estimarse en un porcentaje del 20,70% del precio del camión (sobrecoste), más 400 euros por repercusión al cliente de la implementación de las nuevas tecnologías. El informe expresado no ha provocado la convicción judicial porque no sólo no se sustenta en ninguno de los métodos contemplados en la Guía de la Comisión, sino que se apoya en el denominado informe Smuda que analiza 191 cárteles europeos diversos, del que extrae una media estadística que el juez no reputa objetiva. Y completa el razonamiento señalando que, tampoco es asumible el informe emitido por la parte demandada que niega, de forma absoluta, que las prácticas sancionadas hayan tenido efecto en el mercado.

Este Tribunal ha revisado el contenido de la Decisión de la Comisión, ha valorado los argumentos esgrimidos tanto por el perito de la parte actora como los expresados en el informe de las demandadas, en relación con el contenido de la Guía Práctica a la que se han referido ambas partes, y ha llegado a la conclusión de que no puede prosperar el primero de los motivos del recurso del Sr. Jose Pedro, en el que sostiene que su perito "se basa en un método válido de los consignados por la ciencia económica" que "destaca por su objetividad", y con arreglo al cual pide 17.358,46 euros (folio 30 al tomo III)

No ponemos en cuestión la profesionalidad de ninguno de los peritos informantes porque somos conscientes de las dificultades que entraña la cuantificación del daño derivada de los ilícitos concurrenciales (lo indica la Guía de la Comisión, elaborada y publicada como instrumento de apoyo). No desconocemos la dificultad y riesgo que supone abordar la práctica de la pericia en los primeros procedimientos planteados, en un escenario de asimetría informativa y de desequilibrio en la posición de las partes, en una materia nueva y compleja como la que nos ocupa, a lo que se añade la singularidad de las conductas sancionadas en el cártel de los camiones frente a las propias de otros cárteles "de núcleo duro".



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

Coincidimos con el magistrado "a quo" - y con la posición defendida por la parte demandada - que el método utilizado por el Sr. Lucas no es adecuado. 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 es 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, amén de diferenciar conductas para solicitar diversas indemnizaciones (sobrecoste por una parte, y repercusión de la implementación de las nuevas tecnologías, por otra).

Que otro método es posible y que además puede estar dentro de los recomendados por la Guía de la Comisión resulta no sólo del contrainforme aportado, sino de la simple descripción de datos que extraemos de la documental aportada al proceso, de la que se desprende que en alguno de los procedimientos seguidos en Alemania se han utilizado métodos comparativos, con resultado de porcentajes, para el mismo cártel que nos ocupa, sensiblemente inferiores (horquilla entre el 4,76% y el 9%, remitiendo a los perjudicados a la obtención de informe pericial en los casos en que pidieron a tanto alzado o porcentajes del 15%, por remisión a estudios estadísticos, que no convencieron a los jueces alemanes).

El informe aportado por las demandadas, cuyo objeto era cuestionar la aptitud del dictamen adverso - se dijo, sin ambages, tanto en el informe escrito como en el acto de la vista por el Sr. Tomás -, ha conseguido la finalidad perseguida: destacar la inhabilidad del método utilizado por el Sr. Lucas para cuantificar el daño derivado de la infracción (en línea con la conclusión mayoritaria de los juzgados mercantiles que lo han valorado en la instancia).

Sin embargo, aun cuando el informe emitido por el Sr. Lucas no sea apto para provocar nuestra convicción, debemos valorar el esfuerzo efectuado por la parte, en el contexto de desequilibrio que se aprecia al caso, para pasar al siguiente estadio de nuestra resolución y en particular, a la aplicación al caso de la doctrina *ex re ipsa*, con la cautela y prudencia que deriva de las resoluciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo en materias próximas a la que nos ocupa, pero sin desconocer que el escenario es apto para su aplicación porque:

- a) Los estudios estadísticos de la guía de la comisión ponen de relieve el altísimo porcentaje en el que los cárteles producen efectos (93%).
- b) En la propia nota de prensa de la Comisión publicada el 19 de julio de 2016, en el último de sus apartados, se hace expresa referencia al ejercicio de acciones en reclamación de daños y perjuicios respecto de los afectados por las conductas sancionadas.
- c) Como fue expresamente admitido en la vista por el Sr. Tomás, el informe emitido por COMPASS LEXECON no contiene una cuantificación alternativa del daño pese a que, las demandadas, como infractoras destinatarias de la Decisión se encuentran en una posición de prevalencia y de facilidad probatoria que no tiene el perjudicado. Las demandadas niegan la existencia de sobrecoste repercutido y reiteran que la prueba del daño y de su importe es carga de la parte actora, pero obvian: i) Que en un ámbito en el que, en los estudios de la Comisión se estima que en el 93% de los casos de cartelización se producen efectos de diversa índole es difícil vencer la presunción de la existencia de daño. Esa presunción juega a favor de la parte actora y no se desvirtúa por la simple afirmación de la inexistencia de sobrecoste, de manera que cualquier entidad sancionada por la infracción de las normas de la competencia siempre quedaría dentro de ese margen residual del 7%; ii) El experto Sr. Tomás, aunque afirma que de haberse producido un hipotético incremento en los precios brutos, ello no implicaría necesariamente un incremento en los precios netos, no desconoce, sin embargo, la probabilidad de la existencia de efectos. Tampoco desconoce que la utilización de los métodos de la Guía depende de los datos disponibles. Reconoce que mientras que el demandante sólo tiene sus datos, IVECO dispone de una mayor información. Esto nos sitúa en el plano de la disponibilidad y facilidad probatoria, y en el escenario de no ser suficiente negar, a que se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013, con la consecuencia de rechazar la conclusión apriorística de la inexistencia de daño. Y nos conduce a la aplicación de la doctrina *ex re ipsa* y a la revisión del pronunciamiento de condena dictado en la instancia.

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



La sentencia apelada, en su Fundamento Jurídico Cuarto, fija en 3.985 euros (5% del precio de adquisición del camión) el daño sufrido por el demandante. Entiende que el porcentaje que asume - con cita de las Sentencias del Juzgado de lo Mercantil 3 de Valencia de 20 y 27 de febrero y 13 de marzo de 2019 - es acertado y proporcionado. Dicho porcentaje se extrae de las recomendaciones de la Comisión, y en particular de la estimación más conservadora del informe Oxera (en que se sustentan) que sitúa en un umbral de entre el 0 y 10% la estimación del sobrecoste en un alto porcentaje de los cárteles.

La parte actora considera insuficiente la indemnización fijada (en los términos que ya hemos descrito en nuestro Fundamento Tercero apartado 1) y las demandadas, por el contrario, piden la íntegra desestimación de la demanda.

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

Esta Sala, atendida la prueba practicada y la información resultante del expediente considera que la cantidad fijada del 5% del precio neto del camión litigioso, es proporcionada y debe confirmarse en su cuantía. Sin embargo, no compartimos los argumentos utilizados para fijar el porcentaje indicado. La solución se apoya, como la pericial rechazada, en los estudios estadísticos, pero en lugar de aplicar la media (20%), modera el porcentaje en función de su propio análisis de las tablas e información resultante de ellas.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2006 (ROJ: STS 5866/2006 - ECLI:ES:TS:2006:5866) declara que la cuantificación de las indemnizaciones es competencia exclusiva de los órganos judiciales, valorando caso por caso las pruebas practicadas en autos, sin perjuicio de una eventual revisión en los supuestos que establece el propio tribunal para la casación de la sentencia.

Siendo así, y aunque coincidimos en la cuantía concedida, como no aceptamos la base sobre la que se fija (ni, en consecuencia, la de las resoluciones citadas ut supra, en cuanto sigan el mismo patrón), exponemos seguidamente los argumentos alternativos que nos conducen a considerar adecuado el importe fijado en la sentencia apelada:

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

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

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

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

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





precio de adquisición del camión, y con arreglo a lo obrante en dichos procesos, se ha concedido entre el 7% y el 9%. En tales procesos, la parte se apoyó en un método de cuantificación (comparativo) aceptado por los tribunales. No es el caso que nos ocupa, en el que el procedimiento estadístico se ha considerado inadecuado a la finalidad perseguida. Como no procede la equiparación, la consecuencia es la fijación de una cantidad 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%, fijado en la resolución apelada.

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 parágrafo 26 de la Decisión) con la enorme posibilidad de variantes que inciden en el precio de venta de cada camión, tal y como manifestaron los peritos en el acto de la vista, incluso con diferencias de 50.000 euros, según expresó el Sr. Lucas, 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 manifestación tardía del daño derivada del desconocimiento de tal cártel, la dificultad probatoria y el desequilibrio en la posición de las partes para rechazar el argumento de daño cero a que se refiere la parte demandada, que no ha ofrecido cuantificación alguna, limitándose a negar 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.

Estos, entre otros elementos, son los que nos han llevado a la conclusión de ser procedente mantener la indemnización fijada en la sentencia apelada por importe de 3.985 euros, que confirmamos.

#### **UNDÉCIMO. - Intereses**

La última de las cuestiones es la que se refiere al devengo de los intereses.

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

La Sala está vinculada por el deber de congruencia ( artículo 218 de la LEC) y por el respeto a las normas procesales.

En el suplico (página 35 del escrito) se pidió, en el apartado 1 (in fine) " *los intereses que debidamente correspondan*" y en el 2. " *La Condena al pago de los intereses procesales desde la interposición de la presente demanda hasta el completo pago de lo declarado en Sentencia.*" El suplico no es claro, porque los intereses procesales no se devengan desde la interposición de la demanda, sino, en su caso, desde la sentencia (conforme al artículo 576 de la LEC). Sin embargo, en el apartado c) del fundamento jurídico décimo de la demanda - "*Daño emergente, lucro cesante e intereses*"-, la actora postula los intereses desde la fecha de la compra del camión con invocación de la Guía Práctica de la comisión y cita de pronunciamientos judiciales en que apoya lo que pide, integrando con ello el suplico de la demanda.

La Sentencia apelada, en el fundamento QUINTO cita los artículos 1100, 1101 y 1108 del C. Civil (intereses legales) y el artículo 576 de la LEC (intereses procesales) y condena a la parte demandada al pago de los intereses legales desde la fecha de la interposición de la demanda incrementados en dos puntos desde la fecha de la sentencia, sin mayor razonamiento.



En su recurso, la parte actora solicita los intereses desde la compra del vehículo, lo que supone una ratificación de lo inicialmente pedido, que ahora debemos acoger con arreglo a la doctrina del TJUE y criterios del Tribunal Supremo que resultan de las resoluciones citadas.

Estimamos, en consecuencia, el motivo de apelación y revocamos la resolución de instancia en este pronunciamiento, de acuerdo con lo solicitado en su día por el actor.

#### **DUODÉCIMO. - Costas de la primera instancia y de la apelación.**

12.1. Pronunciamiento sobre costas de la primera instancia.

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

12.2. Costas de la apelación.

Recurso de la demandante.

La parcial estimación del recurso de apelación implica - con arreglo al artículo 398 de la LEC - que cada una de las partes soporte las costas causadas por su intervención en la alzada y las comunes por mitad, con restitución a la entidad demandante del importe del depósito constituido para apelar, reglado en la Disposición Adicional 15 de la LOPJ.

Recurso de la demandada.

La desestimación del recurso de apelación de la demandada determinaría, a priori, la imposición de las costas procesales con arreglo al artículo 398 de la LEC. Sin embargo, concurren razones para no hacer tal imposición de costas, tanto por razón de la complejidad de las cuestiones sometidas a nuestra decisión, como por la existencia de pronunciamientos judiciales en la instancia de diverso signo (tanto en materia de prescripción, como de valoración de la concurrencia de los presupuestos de la acción ejercitada, o finalmente, de la cuantificación del daño), lo que nos conduce a no imponer costas a ninguna de las partes litigantes.

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

Vistos los preceptos legales, concordantes y demás de general y pertinente aplicación, así como, entre otras, la Sentencia de la Sala Segunda del TJUE de 28 de marzo de 2019 (C-637/17)

#### **FALLO**

ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso interpuesto por la representación procesal de don Jose Pedro , contra la sentencia del Juzgado Mercantil nº. 1 de los de Valencia de 23 de abril de 2019, en el particular relativo al pronunciamiento sobre intereses, condenando a las demandadas al abono de los intereses legales del importe de la condena desde la fecha de adquisición del camión, sin hacer pronunciamiento impositivo a ninguna de las recurrentes respecto de las costas de la apelación.

DESESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por la representación de CNH INDUSTRIAL NV y FIAT CHRYSLER AUTOMOBILES NV contra la mencionada Sentencia, que confirmamos, sin hacer pronunciamiento impositivo respecto de las costas de su recurso de apelación.

Se declara la pérdida del importe del depósito constituido para apelar constituido por CNH INDUSTRIAL NV y FIAT CHRYSLER AUTOMOBILES y con devolución a don Jose Pedro del constituido por él.

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

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

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

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