



Roj: **SAP PO 1847/2020 - ECLI:ES:APPO:2020:1847**

Id Cendoj: **36038370012020100545**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **15/10/2020**

Nº de Recurso: **394/2020**

Nº de Resolución: **532/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**PONTEVEDRA**

*SENTENCIA: 00532/2020*

Modelo: N10250

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

**Teléfono:** 986805108 **Fax:** 986803962

**Correo electrónico:**

Equipo/usuario: PA

**N.I.G.** 36038 47 1 2019 0000281

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000394 /2020**

**Juzgado de procedencia:** XDO. DO MERCANTIL N. 1 de PONTEVEDRA

**Procedimiento de origen:** OR4 ORDINARIO DEFENSA COMPETENCIA-249.1.4 0000150 /2019

Recurrente: Luis Pablo , DAF TRUCKS NV

Procurador: PATRICIA DIAZ MUIÑO, GEMMA ALONSO FERNANDEZ

Abogado: JAIME CONCHEIRO FERNANDEZ, CRISTIAN GUAL GRAU

Recurrido:

Procurador:

Abogado:

**LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS  
MAGISTRADOS**

**D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, Presidente**

**D. MANUEL ALMENAR BELENGUER**

**D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ**

**HA DICTADO**

**EN NOMBRE DEL REY**

**LA SIGUIENTE**

**SENTENCIA NUM. 532/20**



En PONTEVEDRA, a quince de octubre de dos mil veinte

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 1ª, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de ORDINARIO DEFENSA COMPETENCIA- 249.1.4 150 /2019, procedentes del XDO. DO MERCANTIL N. 1 de PONTEVEDRA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 394 /2020, en los que aparece como **parte apelante-apelada, Luis Pablo**, representado por la Procuradora de los tribunales, Sra. PATRICIA DIAZ MUIÑO, asistido por el Abogado D. JAIME CONCHEIRO FERNANDEZ, y como **parte apelada-apelante DAF TRUCKS NV**, representado por la Procuradora de los tribunales, Sra. GEMMA ALONSO FERNANDEZ, asistido por el Abogado D. CRISTIAN GUAL GRAU, **siendo el Ponente el Ilmo. Sr. D. JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ, quién expresa el parecer de esta Sala.**

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de lo Mercantil núm.1 de Pontevedra, con fecha 9 de enero de 2020, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

*" Se ESTIMA PARCIALMENTE la demanda interpuesta por D. Luis Pablo, contra Daf Trucks N.V., y se CONDENA a la demandada a abonar al demandante en concepto de indemnización por daños, la cantidad total de 39.987,89 EUROS (de los que 26.477,41 euros corresponden al propio demandante y 13.510,48 euros a la comunidad que forma con otra persona), junto con e interés legal, que se calculará del modo establecido en el Fundamento Jurídico Sexto, así como al pago de las costas procesales, con los límites señalados en el Fundamento Jurídico Séptimo ."*

**SEGUNDO.-** Notificada dicha resolución a las partes, por la representación de ambas partes se interpusieron sendos recursos de apelación, de los que se dio respectivo traslado, presentándose igualmente los respectivos escritos de oposición, elevándose las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

**TERCERO.-** En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

## Fundamentos de derecho

### Introducción

1. El litigio versa sobre el ejercicio de una acción de daños consecutiva a la decisión sancionadora de la Comisión Europea recaída en el cártel de los camiones. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda formulada por la representación de D. Luis Pablo frente a DAF Trucks, N.V. (DAF, en adelante). Se trata del ejercicio de una acción de daños consecutiva a la decisión de la Comisión Europea de 19.7.2016, (*" la Decisión"*), que condenó a la demandada, junto con otras cinco empresas del sector, por infracción del art 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), y del art. 53 del Acuerdo del Espacio Económico Europeo (EEE), por la realización de determinadas conductas contrarias al derecho de la competencia, ejecutadas durante catorce años, en el período comprendido entre el 17.1.1997 y el 18.1.2011.

2. En el caso, la demandante pretende una indemnización por importe global de 126.745,67 euros, suma en la que cifra el sobrepago pagado por la adquisición entre los años 1999 a 2008, de cuatro camiones, supuestamente afectados por las conductas imputadas a las sociedades participantes del cártel. En todos los casos los camiones fueron adquiridos en virtud de leasing. El importe de la indemnización (que se pide incrementada con los correspondientes intereses legales), se justificaba mediante la aportación de un informe pericial, firmado por doce peritos, (al que en lo sucesivo nos referiremos por el nombre del primer perito que aparece en la relación de autores del dictamen, el Sr. Bartolomé). El informe concluía que las conductas colusorias supusieron un incremento del precio bruto en un porcentaje medio durante el período de vida del cártel del 16,35%. Como luego se dirá, este dictamen es exactamente el mismo que ha sustentado reclamaciones similares en múltiples demandas.

3. La representación demandada se opuso a la demanda. El extenso escrito de contestación comenzaba destacando la forma de financiación de los camiones, a través de arrendamiento financiero. La tesis esencial de la demandada radicaba en que la Decisión sancionó una infracción por el objeto, consistente en un intercambio de información, y que el incremento de precios brutos a consecuencia de la conducta infractora no suponía un incremento de los precios netos de venta al público y, en consecuencia, no había existido perjuicio directo al comprador.

4. Seguidamente la contestación a la demanda exponía argumentos procesales y materiales que debían conducir a la desestimación íntegra de la demanda. Como argumentos impeditivos de un pronunciamiento de fondo se invocaba la excepción de prescripción y se cuestionaba la legitimación pasiva. Como argumentos

de fondo se criticaba la falta de concreción al caso de la demanda, se interpretaba el marco jurídico aplicable, y se defendía la falta de concurrencia de los requisitos de aplicación del art. 1902 del Código Civil, y se insistía en el significado de las conductas sancionadas por la Comisión. La demandada criticaba el informe pericial aportado de contrario, anunciaba la presentación de un dictamen propio, y sostenía que cualquier daño presuntamente sufrido por el actor se habría repercutido aguas abajo. Más adelante se centrará con mayor precisión las razones en que se sustenta la oposición en esta segunda instancia, en la que la demandada ha consentido parcialmente los razonamientos de la sentencia que desestimaron determinados motivos de oposición a la pretensión accionante.

*La sentencia de primera instancia.*

5. La sentencia objeto de recurso comienza con un extenso resumen de las posiciones de las partes; seguidamente la resolución ahora recurrida reproduce parcialmente el contenido de la Decisión, y concluye afirmando la legitimación de DAF para soportar el ejercicio de la acción de daños consecutiva como empresa integrante del cártel, y sancionada por la autoridad europea de competencia. El argumento sobre la responsabilidad de la matriz se refuerza con la cita de la STJUE 14.12.2000, C-344/98.

6. El fundamento jurídico tercero de la sentencia identifica en el art. 1902 del Código Civil el marco jurídico aplicable al litigio; la sentencia rechaza la aplicación retroactiva de la LDC, reformada por el RDL 9/2017, pero admite la aplicación de la Directiva a conductas sancionadas con posterioridad a su entrada en vigor, con cita de la STJUE 28.3.2019, C-637/17. Pese a ello, la resolución ahora recurrida invoca diversos precedentes jurisprudenciales, de los que deduce la tesis de que la literalidad de los criterios tradicionales de interpretación del art. 1902 encuentran matizaciones en su aplicación a las acciones de daños, como la que constituye el objeto del proceso, en particular respecto de las exigencias de acreditación del nexo causal entre el daño y la conducta ilícita, y considera que propia acreditación del daño puede apoyarse, dentro de ese marco interpretativo general a través de la doctrina de los daños *in re ipsa*.

7. En su fundamento jurídico cuarto, el juez analiza las excepciones previas al enjuiciamiento de fondo: la prescripción de la acción y la legitimación activa. La sentencia declara aplicable el plazo anual propio de las acciones de responsabilidad extracontractual, que computa desde que la acción pudo ser ejercitada, y fija el *dies a quo* en el instante de la publicación de la Decisión, el 6.4.2017. A partir de tal momento, el juez considera que la sociedad demandante interrumpió el plazo con los requerimientos efectuados los días 5 y el 6 de abril de 2018, pese a advertir en éstos determinadas deficiencias, entre las que se mencionan la falta de apoderamientos, la falta de fijación de cantidades, o la descripción en detalle de los hechos.

8. En relación con la legitimación activa, la sentencia considera acreditada la legitimación del demandante con el argumento de que la documentación aportada justifica suficientemente la condición de arrendatario financiero; el juez sostiene que el tiempo transcurrido dificultaba la prueba de la legitimación, y que los documentos aportados son los habituales para acreditar transacciones de tal clase, sin que existan indicios que permitan hacer dudar de su autenticidad.

9. El fundamento jurídico quinto justifica la decisión parcialmente estimatoria de la demanda. Como en todos los pronunciamientos del órgano judicial dictados en litigios similares, el juez parte de la presunción de que las conductas descritas en la Decisión son susceptibles de causar el daño, consistente en el incremento del precio de los productos fabricados por las entidades integrantes del cártel, afirmación que se remite al contenido de la Decisión y al informe *Oxera*. La sentencia rechaza el argumento relativo a las peculiaridades del sistema de fijación de los precios netos, y sostiene que todo incremento de precios brutos ha de repercutir en aquéllos. El cuerpo principal del extenso fundamento jurídico quinto de la sentencia se dedica a la valoración de los informes periciales aportados por las partes. La sentencia parte de ponderar el contenido del informe pericial emitido por *Bartolomé y otros*, y asume la conclusión de que las conductas sancionadas produjeron un sobreprecio en los camiones fabricados durante el período de vigencia del cártel; sin embargo, la sentencia señala determinadas objeciones que impiden al juez tomar como hecho probado el incremento medio postulado en el informe. Las objeciones se refieren a los tres métodos utilizados en el informe y, -sin perjuicio de la referencia más detallada que se efectuará en el apartado correspondiente de la presente resolución-, en general se refieren a la falta de justificación del uso de determinadas variables en el primer modelo, (omisión de la repercusión en los precios de las innovaciones tecnológicas introducidas durante la vigencia del cártel, falta de precisión y de proporcionalidad entre los dos elementos de comparación, en particular por el escaso número del elemento contrafactual de los camiones ligeros, o falta de justificación de los elementos de analogía entre el mercado tomado como elemento de comparación); determinadas imprecisiones que el juez detecta en el método diacrónico, (la referencia a precios netos y no brutos, la falta de referencia a los precios en el momento anterior a la vigencia del cártel, la falta de homogeneidad respecto de la importancia asignada a determinadas marcas de camiones en determinados períodos de tiempo; o el



empleo de unidades no homogéneas en la comparación); y las imperfecciones del método de comparación geográfico con los mercados norteamericano y australiano.

10. La sentencia seguidamente analiza el informe presentado por la parte demandada, (*informe Compass Lexecon*). El juez reprocha al informe el partir de la tesis de que las conductas sancionadas no consistieron en un mero intercambio de información, en lugar de en un acuerdo para incrementar precios brutos, y rechaza la premisa de que la fijación de los precios brutos no tiene repercusión en los precios netos, o que los sistemas de descuentos y demás elementos que determinan la fijación del precio final al cliente acaben diluyendo la infracción, neutralizando el efecto del cártel.

11. El método utilizado en el informe y las razones aportadas por los peritos de la demandada son también rechazados por la sentencia. El juez hace notar que el informe se ha basado en datos aportados exclusivamente por la propia empresa demandada, amén de referirse tan sólo a determinado período de vigencia del cártel (2003 a 2011), sin justificación suficiente, con un efecto distorsionador de las conclusiones. Finalmente, la sentencia reprocha a la demandada no haber recreado un escenario hipotético ni una estimación razonable que justifique la tesis de la inexistencia del sobreprecio.

12. Consecuencia del rechazo del valor probatorio de los dos dictámenes, y con invocación genérica de los criterios de valoración ofrecidos por la *Guía Práctica de la Comisión Europea*, y de los criterios seguidos por el propio juez de instancia en litigios anteriores de la misma clase, la sentencia fija como perjuicio razonable el del porcentaje del 9% de sobreprecio en relación con el precio de cada camión afectado, a consecuencia de todas las conductas imputadas a las empresas participantes en el cártel, suma que se verá incrementada con el interés legal desde la fecha de adquisición de cada camión, momento en el que se generó el perjuicio. La sentencia también rechaza que el sobreprecio hubiera podido absorberse aguas abajo.

13. El fundamento jurídico séptimo de la sentencia justifica la condena en costas en el hecho de la interposición de la declinatoria de jurisdicción, lo que habría supuesto, en opinión del juez, un intento de obstaculización del proceso.

*Recurso de apelación formulado por la representación demandada.*

14. El recurso se estructura en cinco motivos, que versan sobre las siguientes cuestiones: a) la intempestividad para el ejercicio de la acción, prescrita desde el 19 de julio de 2016, con la publicación del comunicado de prensa de la Comisión; b) el defectuoso entendimiento por el juez de instancia del contenido de la Decisión, de la que no surge necesariamente la existencia de daño; c) la determinación del marco jurídico aplicable, constituido tan sólo por el art. 1902 sustantivo; d) la inaplicabilidad de la presunción de daño y el consiguiente incumplimiento de la carga de la prueba por la parte demandante, frente a la solidez de las conclusiones de los peritos aportados por la demandada; y e) la existencia de una repercusión aguas abajo de todo posible perjuicio. En los apartados que siguen se expondrán con mayor detalle los argumentos de la parte demandada, al resolver sobre cada uno de los motivos de recurso.

*Recurso de apelación formulado por la representación demandante.*

15. El recurso presentado por la representación demandante, idéntico al presentado en otros litigios anteriores, se centra en la impugnación del pronunciamiento relativo a la cuantificación del daño, que considera que ha infringido la normativa aplicable. El recurso rechaza los razonamientos de la sentencia para restar fuerza probatoria al dictamen pericial *Bartolomé y otros*, ofrece su particular explicación sobre cada uno de los defectos que la sentencia identifica en dicho dictamen, y justifica las razones, genéricas y específicas, por las que los métodos de valoración del daño empleados por los peritos de la actora deben ser tenidos como la prueba del porcentaje de sobreprecio experimentado en la adquisición de cada camión. El recurso se ciñe al apartado de la sentencia relativo a la cuantificación de un porcentaje de sobreprecio del 9% de cada vehículo, como criterio para fijar la indemnización justa, que contradice, a juicio del recurrente, el principio comunitario de efectividad, así como el art. 101 del TFUE.

*Valoración de la Sala.*

16. El fenómeno de la litigiosidad en masa generado por el cártel de los camiones, que ha dado lugar a miles de pleitos de contenido prácticamente idéntico, obliga a resolver igual los casos iguales. Por esta razón argumentaremos de la misma forma en cuanto a los aspectos esenciales de la acción afirmada: la determinación general del objeto del proceso, la identificación del marco jurídico aplicable, el significado de la Decisión, los elementos necesarios para acreditar las legitimaciones activa y pasiva, las reglas de cómputo del plazo de prescripción de la acción y los requisitos de los actos interruptivos, la posibilidad de operar con el sistema de presunciones para acreditar la realidad del daño, el procedimiento de su cuantificación y, en general, sobre los elementos necesarios para el éxito de la acción puesta en juego por el demandante, en un contexto, se repite de litigiosidad seriada. El art. 14 de la Constitución impone idéntica exigencia, lógicamente



sin perjuicio de la obligación del juez de analizar las peculiaridades de cada caso, de valorar los específicos medios de prueba aportados a cada proceso, y de dar respuesta individualizada a los concretos argumentos expuestos por cada litigante. En definitiva, ante la misma demanda, los mismos argumentos de los escritos de contestación, idéntica sentencia, y frente a los mismos recursos de apelación, no podrá exigirse otra cosa al órgano de apelación que la repetición de los criterios que en múltiples resoluciones hemos venido exponiendo. Consideramos que resulta enteramente lógico que este tribunal de apelación, que ha dictado ya más de una docena de sentencias en asuntos idénticos, mantenga también su criterio en los aspectos esenciales del proceso, en particular en la determinación del marco jurídico en el que debe encuadrarse la controversia. En el plano material no albergamos dudas sobre que la norma jurídica aplicable para resolver el litigio viene constituida por el art. 1902 del Código Civil, como norma nacional de articulación de las acciones de daños derivadas de las infracciones privadas del Derecho de la competencia (cfr. STS 651/2013, de 7 de noviembre, *cártel del azúcar*). Estas acciones encontraban fundamento en la jurisprudencia comunitaria antes de la promulgación de la Directiva (SSTJ 20.9.2001, *Courage*, C-453/99, y 13.7.2006, *Manfredi*, C-295 y 298/04, entre otras), que enlazaron las acciones de daños con el Derecho primario ( arts. 80 y 81 TCEE, hoy arts. 101 y 102 TFUE). Y de dicha doctrina jurisprudencial, nacional y comunitaria, resulta posible inferir reglas de interpretación de los requisitos de aplicación del art. 1902 sustantivo singulares o específicas en el ámbito del Derecho de la competencia, que cubren los dos aspectos en discusión: presunción y cuantificación del daño. También se tendrá en cuenta, con el carácter orientativo que le es propio, la *Guía Práctica* de la Comisión Europea.

17. Dentro de este marco jurídico, venimos sosteniendo invariablemente la validez y vigencia de la presunción de la causación del daño a consecuencia de la conducta colusiva de los cárteles en el caso concreto, y la posibilidad de la estimación judicial del daño en los casos de dificultad probatoria para su cuantificación, como principios plenamente vigentes en la interpretación del art. 1902, con rechazo de argumentos muy similares a los que ahora emplea la demandada recurrente. Esta afirmación inicial debilitará los argumentos del recurso de apelación de la demandada y el valor probatorio de las conclusiones de su dictamen, que intenta convencer sobre el hecho de que las conductas sancionadas no causaron perjuicio alguno a los adquirentes de los camiones, a partir de una singular explicación del sistema de fijación y del sentido económico de los precios brutos. Las razones que vienen justificando nuestra decisión son las siguientes, en una línea interpretativa que entendemos confirmada por las resoluciones de otros órganos provinciales dictadas hasta el momento:

a) porque el derecho al pleno resarcimiento de los perjudicados por infracciones del Derecho de la competencia es consecuencia de la aplicación del efecto directo del art. 101 TFUE, (" *norma de orden público esencial para el funcionamiento del mercado interior*", según la sentencia *Manfredi*), y del Reglamento 1/2003;

b) por la necesidad de tomar en cuenta los principios comunitarios de equivalencia y de efectividad, de modo que las normas nacionales, -el art. 1902-, no pueden aplicarse de manera descontextualizada, de modo que en la práctica hagan imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho de resarcimiento reconocido en el TFUE como consecutivo a las infracciones en materia de competencia, ni en forma menos efectiva de la que resulte en el enjuiciamiento de demandas similares en el Derecho nacional; (como se verá, estos principios permitirán presumir la existencia del daño, pero no determinan necesariamente que éste se cuantifique en la forma que propone la parte demandante; pese a ello, como se verá, la presunción de daño no deriva de la existencia de una norma jurídica imperativa);

c) la Directiva, a la vez que establece normas materiales y procesales novedosas, confirma el acervo comunitario sobre el ejercicio de las acciones de daños derivados de conductas infractoras del Derecho de la competencia; este acervo comunitario, sintetizado en las resoluciones del TJ mencionadas (sentencias *Courage*, *Manfredi*, *Kone*, entre otras), exige el respeto a aquellos principios, y establece criterios de valoración judicial del daño;

d) otras disposiciones comunitarias, como la *Comunicación de la Comisión sobre cuantificación del perjuicio* en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los arts. 101 y 102 TFUE, así como su *Guía Práctica*, reconocen igualmente el derecho al pleno resarcimiento, si bien dentro del marco del respeto a los ordenamientos nacionales.

e) la *Guía Práctica*, con cita del informe *Oxera*, reitera que estudios empíricos han demostrado que en el 93% de los casos examinados los cárteles ocasionan costes excesivos (vid. apartado 141), que concuerdan con otros estudios y con la práctica seguida por los tribunales (apartado 145); en la misma línea pueden citarse el *Informe Ashurt* de 2004, el *Libro Verde* de 2005, y el *Libro Blanco* de 2008.

f) en Derecho español, la finalidad de la íntegra reparación del daño, como es notorio, ha determinado una evolución jurisprudencial en diversos aspectos de aplicación del art. 1902, tanto en materia de causalidad, como en la afirmación de una presunción sobre daños *in re ipsa*, ( SSTS 8.4 y 21.4.2014, por todas);



g) el principio de facilidad probatoria ( art. 217 Ley de Enjuiciamiento Civil), y su aplicación jurisprudencial, modula, según es conocido, las reglas de distribución de la carga de la prueba; como expresa la Directiva, (considerando 14), las pruebas para acreditar la causación de daños y sus efectos no suelen estar al alcance de los demandantes en litigios de esta clase, y esta realidad, -la disponibilidad probatoria-, ya era tenida en cuenta por el ordenamiento patrio, pese a la inexistencia de normas procesales específicas de acceso a fuentes de prueba; esta constatación no constituye una novedad normativa de la Directiva, sino que se trata de una apreciación del contexto fáctico en el que se opera, que resulta también notoria para este tribunal;

h) finalmente, la posibilidad de que los tribunales cuantifiquen el perjuicio sobre la base de estimaciones aproximadas, o por consideración a razones de equidad, tampoco supone una técnica ajena o exorbitante a la interpretación jurisprudencial de la responsabilidad extracontractual. Así lo han entendido las resoluciones dictadas por diversos órganos judiciales al resolver exactamente la misma cuestión, de cita ociosa por conocida.

18. Estos criterios, que seguimos invariablemente en todas las sentencias que hemos dictado, no se combaten con eficacia en el recurso, que insiste en la tesis, profusamente expuesta por las entidades integrantes del cártel, de que la Decisión no sancionó una infracción por sus efectos, sino por el objeto, y de ella no deriva en modo alguno la existencia de daños a los particulares adquirentes de los camiones. También se insiste en el recurso en que la presunción de daño que recoge la Directiva no resulta de aplicación al caso. Pero desde esta Sala de apelación venimos insistiendo en que no compartimos la afirmación de que la presunción del daño y la determinación judicial de su importe en supuestos de máxima dificultad probatoria hayan constituido una innovación de la Directiva de daños. En todo caso, como se verá más adelante, la relación causal entre la conducta sancionada y el perjuicio la consideramos acreditada no solo a partir de la existencia de una presunción normativa de que los cárteles causan daños, sino a partir de razonamientos, también basados en la técnica de las presunciones, pero al margen de la aplicación directa de una norma que no se encontraba vigente cuando se produjeron los hechos objeto de litigio.

19. Contrariamente a lo que argumenta el recurso, consideramos que la conducta sancionada por la Decisión, -la reciente publicación de la *Decisión Scania* nos confirma en esta forma de ver las cosas-, consistió en la adopción de acuerdos colusorios sobre fijación e incrementos de precios brutos de los camiones afectados, y sobre el calendario y repercusión de los costes para la introducción de tecnologías de emisiones. Es cierto que la Decisión no afirma que estos acuerdos hubieran supuesto un incremento de precios netos y, en consecuencia, de ella no se sigue necesariamente que todos los camiones afectados por la Decisión, y durante todo el tiempo que permaneció vigente el cártel, hubieran experimentado un sobreprecio, con relación al precio que hubieran tenido en el caso de no haber existido la conducta anticompetitiva.

20. La sentencia objeto de recurso afirma la existencia del daño como necesariamente derivado de la Decisión. El fundamento jurídico quinto, a su inicio, proclama la existencia de una presunción de daño, que extrae de la cita del informe *Oxera*, (" *Quantifying antitrust damages. Towards non binding guidance for courts*", 2009), según el cual en el 93% de los casos los cárteles aplican sobrepuestos; según el juez de instancia, si hubo acuerdo sobre fijación de precios brutos, ese incremento necesariamente, en mayor o menor medida, se tiene que trasladar a los precios finales. Se afirma también que, de no ser así, el sobreprecio debió ser absorbido por las empresas intermediarias, hasta llegar al comprador final, lo que no resulta razonable, y se sostiene que un comportamiento como el descrito en la Decisión sólo resulta entendible si las empresas que intervienen en el cártel obtienen un beneficio. Por tanto, el razonamiento desmiente la tesis recurrente sobre la aplicación directa de una presunción legal de daño. Lo que afirma la sentencia es que el precio final de venta al público, por más que puedan intervenir variables diversas en su fijación, siempre será más alto si se parte de un precio bruto superior al que hubiera resultado de la libre concurrencia en el mercado. Estos criterios, con mayor o menor elocuencia y riqueza argumental, son compartidos por la práctica totalidad de los pronunciamientos judiciales que se han dictado hasta el momento en toda la geografía española y, como ilustra el recurso, también por tribunales de países del entorno. En ausencia de pronunciamiento del TS, resulta enteramente lógico que los órganos provinciales tomen también como criterio para fundamentar sus decisiones la jurisprudencia unánime de los únicos órganos que, en docenas de pronunciamientos, se han pronunciado exactamente sobre la misma cuestión, planteada en idénticos términos, sustentadas en los mismos argumentos, y ante los mismos medios de prueba.

21. Como conocen perfectamente los litigantes, en estos asuntos, -insistimos, sustancialmente iguales al que ahora es objeto de conocimiento-, hemos venido afirmando de manera constante y reiterada que las empresas integrantes del cártel llevaron a cabo durante catorce años intercambios de información sobre precios brutos, y sobre fijación de precios brutos, y que estos acuerdos condujeron necesariamente a un incremento final de precios al adquirente de los vehículos en cuestión, en cuantía incierta. Así, hemos entendido que las singulares características del mercado de camiones ya fueron tomadas en cuenta en la propia Decisión



(vid. párrafos 26 y ss. de la versión original), y precisamente por estas circunstancias, -en particular, por el alto grado de transparencia del mercado-, la conducta de intercambio de información sobre precios brutos resultaba singularmente grave; esta conclusión se sustenta, además, de forma unánime por la jurisprudencia y por la doctrina especializada que se ha ocupado del tema. Y por virtud de esta conducta, -según se sigue del párrafo 47 de la Decisión-, las empresas participantes en el cártel estaban en condiciones de calcular el precio neto de venta al público de los camiones; por tanto, la propia Decisión asume la constatación de que el precio bruto está en la base de fijación de los precios netos, lo que se completaba con el intercambio de información sobre los sistemas de configuración de los camiones, y con el acuerdo sobre el calendario para la aplicación de la normativa sobre tecnologías de emisiones, por lo que la transparencia del mercado quedó notablemente reducida a consecuencia de las conductas sancionadas. La Decisión también describe, -párrafos 52 y ss.-, conductas colusivas de fijación de precios, con ocasión de la entrada del Euro (en particular, se describe el acuerdo de incrementar los precios brutos en el caso del mercado francés). También el apartado 59 de la Decisión es ilustrativo sobre el sistema de intercambio de información sobre el incremento de precios brutos. Y precisamente, por el efecto distorsionador del mercado que presentan estas conductas, son subsumibles en las hipótesis de hecho de los arts. 101.1 TFUE y 53 EEA (vid. apartado 75). Que lo sancionado es un comportamiento constituido por una infracción sobre el objeto (vid. apartado 82) constituye una evidencia, pues a la autoridad comunitaria le basta con la constatación de que existió una restricción de la competencia, sin necesidad de cuantificar sus efectos, pues el objeto del cártel es restringir, evitar, o falsear la competencia; pero que los acuerdos sobre los precios brutos constituyen una de las conductas con más eficacia de distorsión del mercado es un hecho que también constata la propia Decisión (apartado 81). En nuestro país no se ha sometido a discusión el efecto vinculante del cuerpo completo de la decisión, a diferencia de lo acontecido en alguna otra jurisdicción, y consideramos que tampoco lo hace el recurrente, pese a alguna insinuación en el contenido del recurso.

22. No aceptamos la tesis de la demandada de que estos intercambios de información, y el normal alineamiento de precios que necesariamente tuvo que producirse, -que están en la base de las conductas sancionadas-, constituyan comportamientos inocuos para la formación de los precios finales, sin repercusión alguna para el consumidor final. Insistimos en que no resulta de aplicación la normativa vigente y sus presunciones de causación de daños a consecuencia de la conducta de cárteles, pero no resulta necesario justificar dicha presunción en la existencia de una regla positiva que, precisamente, establezca que las conductas cartelizadas causan daños. Contrariamente a lo que sostiene el apelante una presunción de esta índole, por más que no resulte directamente aplicable, no sería más que la incorporación al texto positivo de una máxima de experiencia, sustentada en estudios empíricos (el citado informe *Oxera*, y el informe *Smuda*, de 2012, documentos que nos resultan ya sobradamente conocidos en este marco de litigación masiva) y doctrinales, y creemos que resulta asumida por el TJ y por el TS, por más que tampoco hayan hecho aplicación directa en asuntos anteriores a la vigencia de la Directiva. Es cierto, - en ello insiste el recurso de la demandada-, que no es lo mismo un cártel *hardcore* de insumos o de materias primas, que un cártel de productos que incorporen una intensa actividad tecnológica, y de transformación, y que el mercado de camiones es un mercado distinto al del azúcar, al de la harina, -con el que ejemplifica la *Guía Práctica*-, o al de otros productos de la clase que sean. No estamos afirmando que la STS 651/13 contemplara un supuesto de hecho similar al que aquí analizamos. Lo que afirmamos es que la mayor transparencia en el mercado, -insistimos, en un mercado caracterizado por la transparencia-, mediante el intercambio y alineamiento de precios brutos permitía mantener éstos en un nivel más elevado que el que resultaría de la libre competencia, es algo consustancial a la conducta que describe la Decisión, y no supone aplicación de ninguna presunción legal. Los argumentos de la sentencia son enteramente conformes con el curso natural de las cosas, y constituyen presunciones de pensamiento naturalmente enlazadas con los hechos de los que se parte, y exactamente en la misma línea de razonamiento se han movido la totalidad de las resoluciones judiciales dictadas hasta el momento en todo el territorio español, en particular, las dictadas por órganos provinciales, como recientes estudios se han ocupado de demostrar. Y también las resoluciones recaídas sobre asuntos similares en países del entorno. La propia *Guía Práctica de la Comisión* (apartado 140), explicita de forma similar la obviedad de que las empresas integrantes del cártel esperan que éste produzca efectos sustanciales en el mercado en términos de beneficios a costa de sus clientes, pues de lo contrario los riesgos asumidos por las empresas partícipes carecerían del menor sentido. El precio resultante de la negociación individual, al que se llega a través de todas las variables que se quieran identificar, tiene que basarse necesariamente en la jerarquía de un precio bruto que necesariamente se ha de tomar como referencia para fijar descuentos, y para asumir el resto de factores sobre los que sí existía competencia en el mercado, aunque admitamos que no exista un vínculo unidireccional o automático entre el precio bruto y el precio neto al cliente, y que esta conexión no es una constante, de modo que no se comporta igual en todos los mercados y en todo momento. La diferente evolución de los descuentos, o el grado de autonomía que en su determinación asumía cada filial, tampoco nos ha parecido que desmienta la presunción de que el precio final se ve determinado necesariamente por el



precio bruto, como elemento inicial de la cadena de determinación del precio final, y que, en consecuencia, los incrementos del precio bruto tienen que traducirse forzosamente en incrementos de aquél; en nuestra forma de ver las cosas, cuanto más alto sea el precio bruto de salida, mayor margen de maniobra existe en la negociación para el fabricante; esto no supone presumir el daño ni hacer aplicación de la doctrina del *in re ipsa*. No encontramos soporte lógico a la tesis de que hubieran sido, -durante los catorce años de vigencia del cártel-, los concesionarios o intermediarios en la cadena de comercialización de los camiones los que hubieran absorbido íntegramente estas diferencias de precio. Las peculiaridades del sistema de fijación de precios de DAF no alteran este razonamiento, y la afirmación de que la participación en el cártel de la demandada resultaba sin ningún interés estratégico para la coordinación de precios, contradice la lógica de las cosas. En conclusión, tenemos la convicción, y así lo hemos manifestado en todos nuestros pronunciamientos, que el precio final de venta de los camiones, al final de la cadena de suministro, se vio incrementado por las conductas anticompetitivas de las empresas integrantes del cártel, y que, si no hubiera sido por el cártel, los precios netos de venta de los camiones hubieran sido inferiores.

23. Hechas estas consideraciones generales, idénticas a las de los litigios de referencia, y que sirven de respuesta a los motivos segundo, tercero, y cuarto del recurso de apelación presentado por la parte demandada en relación con el fondo de la reclamación, comenzaremos por rechazar la tesis relativa a la existencia de prescripción, y sostendremos que el demandante ha acreditado suficientemente su legitimación activa. La desestimación de estas cuestiones previas permitirá entrar a conocer el problema esencial del litigio, relativo a la cuantificación del perjuicio, ofreciéndose con ello respuesta conjunta a los recursos de apelación formulados por ambas partes litigantes, en cuanto ambos imputan a la sentencia del juez de instancia haber errado en el proceso de valoración de la prueba.

#### *Prescripción.*

24. El supuesto analizado no presenta ninguna novedad en relación con la forma en que se presenta la excepción en esta clase de litigios. La prescripción históricamente es interpretada de forma restrictiva por los tribunales, al no tratarse de una institución basada en la justicia material o intrínseca, sino en exigencias derivadas de la seguridad jurídica, (por todas, por citar la más reciente, puede verse la STS 142/2020, de 2 de marzo). La clave de la cuestión está en comprobar si se ha producido el "*silencio de la relación jurídica*" durante el tiempo legalmente establecido. Los actos interruptivos de la prescripción también se interpretan ordinariamente con un criterio de flexibilidad, bastando que conste la voluntad inequívoca del acreedor de mantener vivo su derecho, sin necesidad de que revistan una forma determinada; tanto el recurso como su contestación ilustran suficientemente sobre la doctrina jurisprudencial recaída en la materia. En los numerosos supuestos en los que se plantea ante los tribunales la cuestión, se interpretan las normas al margen de todo rigorismo formal, admitiéndose la interrupción incluso de forma tácita, siempre que se revele de forma patente aquella voluntad inequívoca o clara de mantener vivo el derecho.

25. No apreciamos discusión sobre la eficacia de los actos interruptivos. El *dies a quo* en las acciones de daños computa, -en el marco jurídico en el que se desenvuelve el litigio-, desde que lo supo el agraviado, en aplicación del art. 1968.2º del Código Civil. Este momento se identifica con aquél en el que el perjudicado cuenta con los elementos, fácticos y jurídicos, necesarios para la interposición de su acción; por tanto, con independencia de la fecha de la comisión de la infracción. En las acciones consecutivas a decisiones sancionadoras de las autoridades de competencia, resulta obvio que estos elementos tienen que identificarse con un momento ulterior al de la correspondiente decisión, pero no tienen por qué identificarse necesariamente con la fecha en que ésta resulta conocida, -no puede descartarse que se sigan produciendo daños-, pues la clave es atender al momento en el que el perjudicado conoce los elementos que permiten reclamar para la puesta en marcha del mecanismo indemnizatorio.

26. Y conforme a estos criterios hemos entendido en todos nuestros pronunciamientos anteriores que el anuncio, de una página, de la Comisión, de 19 de julio de 2016, no podía marcar el inicio del cómputo anual, sino que tal momento se había de identificar con la publicación de la versión provisional, el 6 de abril de 2017, y la publicación de su resumen en el DOUE, al menos con carácter general, y contra las empresas allí sancionadas. En esta versión es donde se especifican todos los datos necesarios para el ejercicio de la acción: descripción de las conductas, duración del cártel, empresas integrantes, participación de filiales, y referencia temporal exacta de la intervención de cada cartelista en las concretas conductas desarrolladas. Nos basta la comparación de ambos documentos, -nota de prensa, y publicación oficial del resumen de la Decisión-, para sustentar este argumento, que creemos también de general asunción por todos los órganos provinciales que hasta la fecha se han ocupado del tema, en línea con lo que venimos asumiendo desde este tribunal. Finalmente, consideramos que los propios argumentos del recurso confirman esta forma de ver las cosas, cuando todavía desde el texto oficial de la Decisión se sigue cuestionando el exacto alcance de su contenido: si en segunda instancia se sigue manteniendo que la Decisión no describe ninguna conducta capaz de producir un daño, resulta contradictorio





afirmar que la nota de prensa proporcionaba información a los posibles perjudicados sobre los elementos necesarios para activar sus reclamaciones. Se desestima el motivo.

#### Legitimación activa. Leasing

27. La sentencia fundamenta la apreciación de la legitimación activa del demandante a partir del análisis de la documentación aportada con la demanda, con una referencia general a la aportación de facturas, contratos de leasing, y documentación administrativa, (fichas técnicas de los camiones, certificaciones de tráfico). La decisión del juez se basa en el tiempo transcurrido desde la adquisición de los camiones en relación con la larga duración del cártel, desde la consideración de que no resulta exigible legalmente a ningún empresario conservar la documentación acreditativa de aquellas adquisiciones durante tan prolongado lapso temporal. Se añade también que la documentación aportada presentaba una apariencia de veracidad o de regularidad, y que no había sido contradicha con eficacia por otro elemento probatorio.

28. La extensión del recurso de apelación, lo que nos parece falta de claridad sistemática y la profusión de argumentos utilizados, nos hace dudar sobre si se mantiene la excepción de falta de legitimación activa, pues, en apariencia, el recurso cuestiona la forma de adquisición de los camiones desde el punto de vista de su idoneidad para invocar la existencia de un perjuicio, (vid. parágrafo 169). Por este motivo, reiteraremos que el contrato de leasing lo hemos estimado en otros pronunciamientos como un título válido para legitimar la acción de daños consecutiva, en la medida en que este contrato permite aplazar el pago a través de una fórmula de financiación indirecta, normalmente generadora de obligaciones tan solo para la parte arrendataria (cfr. SSTs 34/2013, 12.2, y 652/2014, de 12.11, entre otras; compartimos la descripción de la naturaleza y del mecanismo del contrato que se expone en el escrito de impugnación de la parte apelada). Para acreditar la posición del demandante normalmente exigimos, bien un certificado de la entidad arrendadora justificativo del pago del precio, bien la aportación de documentos contables y recibos de pago, bien la aportación de los contratos de leasing originales. En el caso, el actor ha aportado una factura de adquisición por parte del arrendador financiero y la titularidad administrativa a favor del actor; en otros casos el contrato de arrendamiento financiero y las fichas del contrato emitidas por los arrendadores, lo que unido a la aportación de la documentación administrativa de los camiones en poder del actor, y atendiendo al hecho indiciario de que, si las entidades arrendadoras no hubieran percibido puntualmente el pago del precio del arrendamiento, hubieran ejercitado las correspondientes acciones legales, nos ha bastado para afirmar la legitimación activa. Por tanto, aportados los contratos y las certificaciones de tráfico, así como la documentación acreditativa de la titularidad administrativa de los dos camiones, la excepción no puede prosperar.

#### Cuantificación del perjuicio.

29. También reiteraremos en este apartado los argumentos que venimos exponiendo en relación con la cuantificación del daño. Como señala el considerando 45 de la Directiva, la cuantificación del perjuicio en casos de infracción del Derecho de la competencia puede constituir un obstáculo significativo para el éxito de la acción de daños y, por tanto, para la eficacia del sistema, pudiéndose comprometer los principios de efectividad y equivalencia, tal como razona también el considerando 46, y reitera la *Guía Práctica* en su párrafo 2, con cita de las sentencias *Manfredi* y *Courage*. Precisamente el entendimiento de que el principio de efectividad, y la necesidad de incrementar la seguridad jurídica, se veían comprometidos en acciones de esta clase, es por lo que se estimó conveniente la difusión, con carácter indicativo, antes de la entrada en vigor de la Directiva, de los principales métodos y técnicas para cuantificar el perjuicio, según expresa la *Comunicación de la Comisión* de 13.6.2013. En estos razonamientos se fundamentan los apartados segundo y tercero del recurso de apelación del demandante, con invocación del art. 101 TFUE, tal como fue interpretado en la STJ 5 de junio de 2014, *Kone*, C-557/12. Se trata de un principio general que debe ser tenido en cuenta a la hora de interpretar las normas nacionales, -en nuestro caso el art. 1902 del código sustantivo-, pero del que, como se verá, no se sigue necesariamente que cualquier estimación pericial del daño deba ser asumida por la jurisdicción.

30. Para cuantificar el perjuicio se ha contado en el pleito con dos informes periciales, como se viene repitiendo: el informe Bartolomé y otros, y el informe de los Srs. Estanislao y Eulalio, y de la Sra. Milagrosa, del gabinete pericial *Compass Lexecon*, que también ha intervenido notoriamente en litigios de esta clase a instancia de los demandados. El juez de lo mercantil ha desechado ambos informes, tras un estudio exhaustivo de su contenido; en esta tesitura, la sentencia, como se viene repitiendo, acude al criterio de la fijación judicial del daño, ante las dificultades probatorias de su exacta cuantificación, técnica que hemos interpretado como no ajena al sistema del art. 1902. Reiteramos que no se está ante un supuesto de insuficiencia probatoria absoluta, o ante una desatención flagrante de la carga de la prueba, ni ante un incumplimiento por el juez de las reglas de distribución de dicha carga en supuestos de insuficiencia probatoria. La carga de la prueba la agotó el actor con la presentación de un completo dictamen pericial, cuyas conclusiones no se han aceptado en la jurisdicción de instancia por las razones que en seguida exponemos, pero ello no supone que quede vedada la posibilidad de la estimación judicial del daño. Por tanto, las quejas del recurrente sobre la vulneración del art. 217 procesal no



las compartimos, como ya hemos tenido ocasión de razonar en diversos pronunciamientos anteriores, en los que resolvimos recursos que empleaban idéntico argumento. En el estado actual de la cuestión, es notorio para la comunidad jurídica que existen cientos de pronunciamientos judiciales en dos instancias, y aportaciones doctrinales sin cuento, que han ido formando un cuerpo de doctrina que permite sólidamente fijar criterio sobre las cuestiones planteadas, (cfr. SAP de Valencia, 9ª, de 15 de junio de 2020, que resume con la jurisprudencia provincial recaída hasta el momento); por ello, que el juez de instancia explicita su criterio con referencia a casos anteriores fallados por el mismo juzgado no puede generar indefensión de ninguna especie, del mismo modo que lo vienen haciendo todos los órganos jurisdiccionales a lo largo del territorio español. Si bien se miran las cosas, las propias defensas de las partes han realizado constantes referencias a litigios anteriores a lo largo de todo el proceso, e intentan reiteradamente aportar como prueba documental resoluciones de tribunales dictadas a lo largo y ancho de la geografía nacional.

31. Cuanto acabamos de afirmar permite ya entrar en el análisis del núcleo de la cuestión debatida, relativo a la cuantificación del perjuicio. En los apartados siguientes daremos respuesta conjunta a los dos recursos en la medida en que ambos discuten un mismo pronunciamiento con semejante base argumental, sin necesidad de salir al paso de todos y cada uno de los argumentos de los recursos. Y también como venimos repitiendo hasta la saciedad, esta función la asumimos con plena jurisdicción, pues el recurso de apelación no es un recurso extraordinario, -una suerte de "casación provincial"-, sino que el órgano de segunda instancia se enfrenta al material probatorio aportado al proceso con plenas facultades de cognición. La insistencia de las partes en ilustrar a este tribunal sobre la técnica correcta a emplear en nuestro cotidiano ejercicio, no nos deja de resultar llamativa.

32. La sentencia de primera instancia ha rechazado el valor probatorio de los dos dictámenes aportados al proceso. Una de las características de esta clase de litigios en los que se ejercitan acciones consecutivas o *follow-on*, es la existencia de una pluralidad de perjudicados que reclaman sobre la base de una misma conducta infractora. Por razones que no interesan, los millares de demandas presentadas en los juzgados mercantiles lo han sido, en su gran mayoría, individualmente por cada perjudicado, resultando hecho notorio que los transportistas miembros de las asociaciones regionales, nacionales y sectoriales vinculadas a la Confederación Española de Transporte han encargado la defensa de sus intereses a la misma firma de abogados que representa los intereses del demandante. En consecuencia, resulta sólito que en estos procesos se presenten idénticos dictámenes periciales. Ello no supone ninguna patología, -aunque sí una peculiaridad en relación con otros procesos-, del mismo modo que, como sosteníamos más arriba, en lógica consecuencia, las resoluciones de los órganos judiciales en muchos casos reproducen razonamientos igualmente válidos para un vasto número de procesos, en respuesta a idénticos argumentos. Esto es lo que lleva a cabo la sentencia de instancia, en criterio que asume de nuevo este tribunal de apelación.

33. Como hemos indicado en resoluciones anteriores, el dictamen acompañado con la demanda, Bartolomé y otros, utiliza como método preferente el denominado "sincrónico comparativo", alineado con las indicaciones de la *Guía Práctica*, y lo contrasta con las conclusiones ofrecidas por el método diacrónico de comparación temporal, finalmente complementado con un tercer análisis comparativo sincrónico de carácter geográfico. Pese a este reconocimiento de partida, el juez de instancia advierte ciertas deficiencias. La sentencia parte de un defecto de base que imputa al dictamen actor, consistente en la incertidumbre generada en la evolución de los precios por la progresiva implantación de innovaciones tecnológicas en los camiones durante los catorce años de vigencia del cártel: viene a decirse en la sentencia que el sobre coste en los precios brutos estimado por los peritos puede resultar influido también por esta variable no cuantificada en el dictamen. Seguidamente el juez aprecia dos debilidades en el método principal de estimación, que afectan a la elección del mercado de camiones ligeros como mercado hipotético no cartelizado: a) el escaso número de camiones ligeros, (569), frente al número mucho más elevado de camiones que representan el mercado cartelizado, (5.843), diferencia que el juez entiende no justificada; b) la necesaria aportación de más argumentos que justificaran la analogía entre ambos mercados.

34. El dictamen del demandante propone un modelo complementario, de contraste, o de apoyo, (denominado en el dictamen "modelo econométrico diacrónico"), que opera sobre una muestra de 5.396 compras de camiones y, en consecuencia, trabaja con precios netos, lo que constituye la primera crítica del juez de instancia, al insinuar que no se trata de magnitudes comparables; también critica la sentencia la elección de los segmentos temporales utilizados para el análisis, así como la elección de la muestra, en la que se ven afectadas diferentes marcas sin un criterio homogéneo de elección. La crítica se completa con otras incertidumbres, relativas al uso de unidades de medida no homogéneas, o a la elección de los distintos componentes de la muestra. Finalmente, la sentencia apunta algunas incertidumbres respecto al método geográfico de comparación, en especial en relación con el mercado australiano.



35. Venimos sosteniendo que es novedad del dictamen *Bartolomé y otros*, en relación con el empleo del método comparativo, el haber partido de datos de precios brutos de los camiones afectados durante el período del cártel para construir el escenario sin infracción o contrafactual. La conformación de la base de datos con la que se actúa viene integrada por la evolución de los precios brutos de 5.843 camiones, precios que se dicen aportados por los propios fabricantes a la revista de la Confederación Española de Transporte de Mercancías, (CETM), y que resultan de acceso público. Estos datos, -y es esta la segunda característica esencial del dictamen-, son objeto de comparación con la evolución de los precios observada durante el cártel en el que se propone como mercado análogo no cartelizado, identificado con el mercado de camiones ligeros, que se conforma con una muestra de 569 transacciones, que se afirma también facilitada por la misma asociación. Aplicando un modelo econométrico que se detalla en los apartados 7.1.3 y .4, el dictamen obtiene un porcentaje de sobreprecio segregado cronológicamente para cada uno de los años de vigencia del cártel, que justifica con la explicación de que cuanto más se perfecciona el cártel en su funcionamiento, mayor incidencia consigue en la evolución de los precios brutos.

36. La analogía del mercado, o del escenario sin infracción, resulta justificada por los autores del dictamen en la afirmación de que la diferencia entre las dos categorías de vehículos, (ligeros, frente a medios y pesados), por la razón esencial de que esta división obedece a criterios puramente discrecionales, sin base objetiva, al punto de que otras fuentes normativas de la Unión Europea y nacionales, clasifican los camiones en función de su peso en categorías diversas. No sucedería lo mismo respecto del contrafactual del mercado de furgonetas, en el que los peritos reconocen que operan otras marcas y que obedece a otras variables, produciendo un resultado sensiblemente superior de incremento de precio medio, (19,87%). Por este motivo, este elemento de comparación resulta rechazado. La cuestión sobre la comparabilidad de los mercados, como sucede de forma natural en el método elegido, resultará una de los puntos esenciales de la discusión.

37. Los datos del mercado cartelizado, (que en otro lugar alude a datos de 11.752 vehículos) sólo llegan a 2010, (se aportan datos entre 1998 y 2010, y no se toman posteriores porque se dice que no fueron ya facilitados por los cartelistas a la asociación); por su parte, el contrafactual toma los precios brutos de 569 camiones ligeros, (entre 3 y 6 Tm), relación que comprende, según se dice, la totalidad de las transacciones realizadas en dicho período. El dictamen explica que, en un análisis preliminar, se opta por tomar un precio no por vehículo, sino por unidad de potencia, con la explicación de que se trata de la principal variable que determina el precio de un camión; la gráfica de la fig. 16 muestra la conclusión partida de un crecimiento sostenido de los precios del mercado cartelizado, por contraste a la mayor estabilidad del mercado de camiones ligeros en el mismo período.

38. La aproximación anterior se corrige en el dictamen con una regresión econométrica, para apreciar las relaciones entre las distintas variables que influyen en la determinación del precio bruto, (se han tomado a tal fin las siguientes variables: potencia, masa máxima autorizada, marca, norma euro, y tiempo, vid. pág. 67 del informe); sobre los datos elegidos se construyen dos fórmulas econométricas inasequibles para el profano, -y que como luego se verá presentan componentes desemejantes, con el uso de una magnitud constante que será objeto de discusión-, y se aplica finalmente la fórmula del mercado no cartelizado al mercado cartelizado, (vid. figura 17, pág. 70), obteniéndose así el precio que debería haberse pagado de no haber mediado el cártel, en un régimen de competencia, y con todo ello se obtiene la conclusión de que el sobreprecio medio durante todo el cártel, (la inclusión del año 1997 resultará también discutible), es del 16,35%. El dictamen insiste, como lo hace el recurso de apelación de la parte demandante, en la corrección y robustez de las estimaciones econométricas.

39. La clave de los métodos comparativos es la elección de un mercado distinto pero similar al del mercado cartelizado, en el que puedan observarse los rasgos de un escenario sin infracción. Por tanto, un primer elemento de análisis obliga a indagar las razones por las que se ha elegido este segundo escenario, y comprobar si efectivamente se trata de un mercado análogo o similar, que recree un modelo de comparación válido, en el sentido expresado en el apartado 37 de la *Guía Práctica*. La tesis de partida del dictamen *Bartolomé* es tan simple como aparentemente lógica: nada hay más parecido a un camión que otro camión, de modo que el mercado de camiones medianos y pesados, (cartelizado), se tiene que comportar de forma análoga al mercado contrafactual de camiones ligeros, no cartelizado. Sobre esta premisa se construye un modelo econométrico a partir de diversas variables, como explica dictamen en su apartado séptimo.

40. Es evidente que la analogía no implica identidad, pero es carga del demandante convencer sobre el hecho de que, efectivamente, ambos escenarios, el real y el contrafactual, resultan análogos. Entre las similitudes puede afirmarse, -además de la obviedad de que ambos productos son camiones-, que se trata de productos complejos, que utilizan similares insumos y presentan semejantes características técnicas. Sin embargo, no estamos seguros de que esta comparabilidad de mercados sea tan intensa como la parte demandante sostiene. También tenemos dudas sobre la fiabilidad de las bases de datos utilizadas por los



peritos demandantes, ante las insuficiencias informativas de que adolecen los listados de la revista CETM. Según la *Guía Práctica*, (apartado 55), el grado de competencia, el coste, y las características de la demanda son elementos a tener en cuenta a la hora de comparar los modelos. En este sentido, en el mercado de camiones ligeros operan compañías ajenas al EEE, -se llega a decir que su presencia es precisamente el dato que explica por qué no se coludió en los precios-, por lo que las cuotas de mercado de las empresas del cártel no resultan coincidentes en ambos mercados. Podemos compartir que, efectivamente, el mercado de camiones ligeros, de 4 ó 5 Tm, pueda resultar similar al de camiones medianos, de 6 u 8 Tm, pero a medida que los términos de la comparación se alejan, el grado de analogía forzosamente disminuye, hasta probablemente desaparecer, (intuitivamente puede afirmarse que el mercado de camiones de 3 Tm tiene poco en común con el de camiones pesados, de más de 20 Tm por ejemplo); por ello, los análisis de mercados relevantes contenidos en las decisiones de la Comisión a que se refiere la parte demandante, deben tomarse con cautela. Tampoco se explica suficientemente si las exigencias de implantación tecnológica en ambos mercados son similares, ni que el circuito de comercialización sea coincidente, o que, como acabamos de indicar, las necesidades del comprador se satisfagan de forma similar con unos u otros productos, (es obvio que no puede sostenerse que quien adquiere un camión pesado, que por su precio suele ser un activo muy relevante en función del tamaño de la empresa, pueda ver las mismas necesidades cubiertas por un camión de menos de 5 Tm, por ejemplo). La diversidad de modelos existentes en las diversas categorías también puede operar como un factor de distorsión en la comparación de mercados, y como apunta la sentencia de instancia, la evolución de los precios en un mercado y otro no se explicita suficientemente; la conformación de los precios netos, tanto al distribuidor como al cliente tampoco resultan idénticos en ambos mercados. La diversidad de marcas y su impacto en los precios brutos también nos parece que no se explica suficientemente; el desglose de precios brutos en función de las marcas pudiera revelar información relevante que el informe omite. También nos parece razonable la crítica que parte de la consideración de que la relación entre precio y potencia no semeja ser la misma en los camiones ligeros y en los pesados, como demuestran los propios cálculos del dictamen del actor, (vid. pág. 73 y 74, cuadros 2 y 3).

41. Las dudas que acabamos de expresar se intensifican si se atiende a los períodos comparados, con el efecto de debilitar las conclusiones del dictamen de la parte actora, pues como afirman los peritos demandantes, el tiempo se convierte en la variable más importante. Como la propia demandante reconoce, los precios brutos del mercado cartelizado no se refieren a todo el período del cártel. En otras ocasiones hemos considerado también puesta en razón la crítica efectuada por la parte demandada, respecto de la decisión de exclusión de la comparación de la evolución de los precios brutos en los dos primeros años de vigencia del cártel, y muy cuestionable la decisión de sostener la existencia de un sobreprecio en el año 1997, -respecto del que se reconoce que no se dispone de datos-, extrapolando resultados de otro período, (1998-2010), a partir de los coeficientes de regresión econométrica. En su consecuencia, advertimos la presencia de incertidumbres que nos impiden aceptar la premisa de que el método comparativo haya conseguido recrear un escenario contrafactual convincente. Si el método se debilita en su base, la regresión econométrica que se nos propone pierde igualmente fuerza de convicción, pues las variables utilizadas para el modelo de regresión de camiones medianos y pesados se reconocen diferentes de las utilizadas en los camiones ligeros, (la omisión en estos últimos de la variable " *marca*" no se explica suficientemente, cuando aparenta resultar una variable con incidencia en el precio, lo que contrasta con la premisa de que los precios brutos de ambas categorías se determinan por variables similares; y de ahí obtenemos la conclusión de que el porcentaje de sobreprecio medio resulta sumamente inseguro.

42. Tampoco el método diacrónico utilizado como de refuerzo o de apoyo nos resulta convincente. Como dijimos más arriba, este método formula un contrafactual partiendo de la información del mercado en los momentos pre y post cartel, y utiliza precios netos como elemento de comparación, lo que también debilita la fuerza de sus conclusiones, pues el cártel acordó precios brutos, y aunque hemos afirmado que éstos inciden necesariamente en los precios netos pagados por los clientes, ello dependerá de múltiples variables, entre ellas el poder de negociación de los concesionarios o de los propios clientes, como nos resulta notorio. El propio dictamen ofrece los criterios que debilitan en el caso las conclusiones del empleo de dicho método, (vid. pág. 57; en particular, en un cártel como el que ocupa, resulta muy difícil estimar que los efectos de su finalización resulten inmediatos y, sobre todo, tan significativos como el estudio propone); y hacemos notar que el estudio no comprende los años anteriores al cártel, sino que abarca desde 1997 a 2016, (el último subperíodo, post-cartel, comprende desde 2011 a 2016), ni se corresponde con los períodos en los que la Decisión acota la intervención de la demandada. La propia base de datos utilizada permite albergar dudas sobre su composición, no homogénea en cuanto a la composición de las marcas en los diversos períodos analizados.

43. El uso de unidades de medida de potencia no equivalentes (kw y CV) en los distintos períodos analizados, (kilovatios en el período cartelizado, y caballos de vapor en el posterior) constituye también una debilidad del método empleado, como sugiere la demandada. La fig. 20 del dictamen muestra en todo el período la evolución



de la ratio precio/potencia, y aprecia un notable descenso al finalizar el cártel, que completado con el resto de variables analizadas ofrece un resultado con un sobreprecio medio del 13,87% para la primera mitad del cártel, y del 23,46% para la segunda. De este modo, la conclusión resulta forzosamente errónea, pues el divisor utilizado en cada período resulta diferente, trascendiendo al resultado. La explicación de que tal dato resulte simplemente de una errata no resulta convincente, por lo que la tesis demandante de que se trató de un mero error producto de eliminar una columna por motivos de protección de datos, queda como hecho no probado.

44. Por tanto, no es que la sentencia de instancia haya impuesto al demandante cargas exorbitantes, o que no se valore en conjunto la prueba, que se debilite el principio de efectividad, o que el juez haya empleado criterios predeterminados a partir de la experiencia obtenida en procesos anteriores, (lo mismo podría sostenerse, se repite, de todos cuantos expresamos opinión en estos litigios, tras la experiencia acumulada en decenas de resoluciones), o que la sentencia desconozca el estándar probatorio impuesto las acciones de daños por el TS 7.11.13, en la sentencia del cártel del azúcar. Lo que sucede es que el dictamen demandante, por las razones apuntadas, no resulta convincente en la estimación de un perjuicio medio sostenido del 16,35%, (similar o idéntico al reclamado en otras demandas sobre la base de dictámenes contrarios construidos sobre métodos diferentes), de modo que juzgamos su metodología como sesgada, pues se nos ha demostrado que el empleo de otras variables arroja datos de incrementos de precio notablemente inferiores. Esto impide que la jurisdicción pueda partir de la conclusión de los peritos para cuantificar el daño. Con estos razonamientos desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación demandante.

45. Las conclusiones que obtiene el juez de instancia en la valoración del informe de *Compass Lexecon* también son compartidas por la Sala. El dictamen, en la medida en que contradice el método del dictamen Bartolomé y otros, resulta asumible en los términos apuntados más arriba. Pero el dictamen de la demandada no opera con métodos convincentes de cuantificación del perjuicio, sino que parte de premisas que han sido rechazadas expresamente en fundamentos anteriores de nuestra resolución, en línea con lo ya manifestado en otras resoluciones cuando nos hemos enfrentado a idénticos argumentos. La *Decisión* no describe tan solo intercambios de información inocuos para el mercado. No aceptamos la tesis de que el precio que habrían pagado los adquirentes de camiones de las marcas implicadas en un escenario sin infracción, hubiera sido el mismo que el que efectivamente pagaron, aunque admitamos que este vínculo no sea necesariamente automático, como hemos razonado en apartados anteriores de esta resolución. El incremento del precio bruto incide, a nuestro ver, en el precio neto al concesionario y necesariamente también en el precio neto al cliente, aunque esta repercusión no resulte automática. La obtención de un resultado de estimación de 0 nos resulta inasumible. Por tanto, si el informe demandado parte de una premisa, -que la *Decisión* tan solo sanciona intercambios de información, y que la fijación de precios brutos no afecta a los precios netos de venta al cliente, de modo que la conducta sancionada en la *Decisión* no pudo producir ningún perjuicio, o que éste es "altamente improbable"-, que ha sido expresamente rechazada por esta Sala en pronunciamientos reiterados, se comprenderá que las conclusiones del dictamen de *Compass Lexecon* no nos resulten asumibles. A ello añadimos la crítica que atinadamente recoge la sentencia de instancia, relativa a que los datos empleados para la construcción del modelo econométrico utilizado en la sección cuarta del informe han sido de producción unilateral de la propia demandada, no obtenidos con contradicción, y por ello incontrastables en su veracidad, tanto más cuanto que no comprenden todo el período de vigencia del cártel, (tan sólo comprenden el período 2004-2011, prolongándose hasta 2016, con exclusión de momentos anteriores de vigencia del cártel, sin explicación suficiente, vid nota 23 del informe, página 19). Los posibles efectos que el cártel había producido desde su origen hasta el final de 2003 no son considerados en el informe, que fue precisamente el período donde el demandante concluyó dos de los contratos de leasing. Comprobamos también que el dictamen no analiza la evolución de los precios a los adquirentes finales, sino tan solo a los concesionarios, y no se explica cómo éstos pudieron asumir los incrementos del precio bruto; finalmente, las incertidumbres genéricas que detecta la *Guía Práctica* respecto del método empleado, en relación con la finalización del período de la infracción, también cuestionan la fiabilidad del informe, (apartado 44 de la *Guía Práctica*).

46. En esta tesitura consideramos que la desestimación de los criterios de cuantificación propuestos por el demandante no debe conducir inexorablemente a la íntegra desestimación de la demanda. La sociedad demandada no ha ofrecido ningún criterio alternativo válido de valoración, al haber basado su informe en la premisa de la inexistencia del daño, en la reiteración del argumento de que la fijación de precios finales es inmune a la variación de los precios brutos y a la concertación sobre su fijación, y en negar la existencia de toda relación causal entre la conducta cartelizada y el precio final de los camiones, aunque haya tenido éxito en la contradicción de las conclusiones de la parte contraria; la conclusión de que los resultados de la regresión muestran que el impacto en eventuales subidas concertadas de precios brutos son inexistentes, (llega incluso a afirmarse que el cártel produjo bajadas de precio y, por tanto, beneficios al consumidor, vid. págs. 28 y 102), no la hemos aceptado. Si la parte demandante no atiende suficientemente la carga de probar el perjuicio, resulta legítimo en infracciones de esta clase, caracterizadas por la enorme dificultad probatoria y por la dificultad de

acceso a las fuentes de prueba, que el tribunal identifique un método de valoración razonable, en línea con la exigencia de los principios comunitarios de efectividad y equivalencia. El grado de dificultad es máximo en el presente caso, por razón de la dificultad idiosincrática de encontrar un mercado comparable, por la propia finalidad de los precios brutos, por la falta de equivalencia o de automatismo entre las alteraciones de éstos y los precios netos, por la multiplicidad de elementos que influyen en la determinación de estos últimos, (entre otros, por la imposibilidad de determinar los múltiples y heterogéneos descuentos empleados en cada caso), por la influencia del elemento temporal, pues el incremento del precio neto puede no haberse producido con la misma intensidad durante los once años de vigencia del cártel y, probablemente, no tuvo la misma intensidad o variación en todos los Estados integrantes del EEE. El dictamen del demandado ilustra profusamente sobre todas estas dificultades. A todos estos elementos resultan ajenos los demandantes, como adquirentes finales.

47. Con todas las dificultades que el supuesto plantea, y con idénticos criterios a los seguidos ya por esta Sala de apelación en numerosas resoluciones, optamos por una estimación del perjuicio en el porcentaje del 5% del precio de cada camión, por las siguientes razones:

a. Consideramos orientativamente las cifras concedidas en procesos similares ante idénticas conductas, en línea con lo que propone la sección 9ª de la AP de Valencia (insistimos en la cita de la sentencia, sección 9ª de 15.6.2020, que trae resumen también de los criterios fijados por las Audiencias de Murcia, Zaragoza, y Barcelona; recientes estudios doctrinales, de índole empírica confirman esta afirmación), que demuestran porcentajes en torno a una horquilla entre el 5 y el 10%; estas estimaciones valoran criterios similares a los que aquí hemos dejado apuntados, sobre la base también del informe Oxera, que insiste, como hemos dicho, que en el 93% de los cárteles considerados existe sobreprecio, (el informe apunta a una variación positiva hasta el 10%).

b. El actor no ha ofrecido criterios válidos que permitan con fiabilidad recrear el comportamiento del mercado de camiones en las fechas en que adquirió cada camión si no hubiera existido el cártel, carga que procesalmente le venía impuesta, lo que permite optar por valores inferiores de la horquilla y apreciar un sobrecoste inferior al pretendido. No consideramos necesario en este lugar salir de nuevo al paso a las afirmaciones del demandado sobre la imposibilidad de la estimación judicial del daño, que creemos que concurre precisamente por la reconocida circunstancia de la excesiva dificultad en su determinación en el caso concreto.

c. A ello añadimos la consideración elemental de que el criterio de la estimación judicial del daño opera ante la insuficiencia de atender con la intensidad suficiente la carga probatoria por parte de quien reclama la indemnización, lo que justifica de nuevo que nos situemos en el mínimo de la horquilla aludida.

#### *Repercusión del perjuicio.*

48. El motivo quinto del recurso, en sus párrafos 196 a 201, critica a la sentencia por haber desestimado la excepción de que el demandante habría repercutido aguas abajo todo posible perjuicio. Sin embargo, consideramos que la excepción no se encuentra correctamente planteada. El recurso muestra disconformidad con tres razonamientos empleados por el juez para desestimar la excepción: a) mientras que el juez utiliza máximas de la experiencia para inferir el perjuicio aguas arriba, no emplea el mismo razonamiento aguas abajo; b) se invierte la carga de la prueba, pues correspondería al actor probar que no repercutió el posible perjuicio; y c) que el juez ha privado al demandado de los medios de prueba necesarios para justificar la excepción. A lo largo del extenso recurso existen también diversas alusiones a que el informe pericial de la demandada habría acreditado que todo posible perjuicio quedó absorbido por su efectiva repercusión a adquirentes u operadores posteriores. Sin embargo, no encontramos en el dictamen un análisis concreto sobre tal cuestión, al menos con la misma complitud con que se muestra respecto a la exigencia de acreditar el perjuicio en los eslabones anteriores de la cadena de distribución hasta llegar al adquirente final. Es cierto que el informe contradice las afirmaciones de la pericial demandante sobre la inexistencia del *pass-on*, pero lo hace con declaraciones o afirmaciones genéricas o hipotéticas, relativas a posibles errores cometidos de contrario, pero no se ofrece un análisis detallado sobre qué porcentaje del sobreprecio pudo repercutirse a los sucesivos intervinientes, sea en el mercado de segunda mano, sea a través de un incremento del precio de los servicios prestados por el demandante. En consecuencia, las consideraciones del último párrafo del fundamento jurídico quinto de la sentencia las compartimos en su integridad. Las decisiones del juez de instancia sobre denegación de pruebas no se han pretendido corregir adecuadamente mediante la reproducción de la petición en esta alzada.

#### *Intereses.*

49. La reparación íntegra del daño exige también el derecho a percibir la obligación accesoria de interés (asunto Manfredi, C-295/04 a 298/04, apartado 95), elemento indispensable de reparación, según la Guía Práctica (vid apartado 20). La deuda indemnizatoria se concibe como una deuda de valor, de manera que la obligación accesoria de interés presenta la misma finalidad de lograr la *restitutio in integrum*, y forma parte así de la



finalidad del mecanismo de indemnización (criterio que luego recogerá el considerando 12 de la Directiva). De ahí la aplicación general al caso de los arts. 1101 y 1108 sustantivos, complementarios del régimen general de la responsabilidad extracontractual. No se trata de una obligación sancionadora, por lo que el argumento relativo a la justificación de la oposición carece de fundamento. La fecha de devengo del interés será la de la adquisición de cada camión, en línea con lo expresado en la sentencia recurrida. El perjuicio a los actores lo hemos entendido producido por el hecho de haber sufrido un quebranto económico por el sobreprecio abonado por los camiones, que hemos considerado acreditado con la documentación aportada con la demanda.

50. Con lo anterior damos respuesta a los principales motivos de oposición esgrimidos por las partes, que como expusimos, hemos agrupado sistemáticamente para facilitar la resolución de los recursos. No hemos seguido, por tanto, la técnica de salir al paso de cada uno de los múltiples argumentos expuestos en los respectivos escritos de recurso, en algunas ocasiones sostenidos en razonamientos que nos han parecido confusos o redundantes; aquéllos que no han merecido un razonamiento expreso deben entenderse tácitamente desestimados, por quedar comprendidos en los argumentos que en la presente sentencia constituyen la *ratio decidendi* de nuestro fallo.

51. El importe de la indemnización queda fijado, por tanto, del siguiente modo:

Matrícula Precio de adquisición Indemnización Fecha de devengo del interés

ME .... NK 69.116,39 euros 3.455,8 euros 1.9.1999

.... QFG 69.477 euros 3.473,8 euros 19.10.2001

.... SKX 71.600 euros 3.580 euros 9.9.2004

.... BQN 84.000 euros 4.200 euros 8.7.2008

52. La estimación parcial del recurso justifica la exoneración a la demandada del pago de las costas procesales de la instancia y de la apelación. La desestimación del recurso de la demandante no conllevará la imposición de costas, al apreciar la Sala dudas de hecho que han llevado a hacer uso de la facultad de determinación judicial del perjuicio, ( arts. 394 y 398 Ley de Enjuiciamiento Civil).

Vistos los preceptos citados y demás de necesaria y pertinente aplicación,

## **fallAMOS**

**Que desestimamos el recurso de apelación formulado por la representación de Don Luis Pablo , y estimamos parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación de DAF TRUCKS N.V., y en su consecuencia revocamos parcialmente la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pontevedra, de fecha 9 de enero de 2020, recaída en autos de juicio ordinario registrados bajo el número 150/2019 , y en su lugar condenamos a la demandada a abonar a la actora el cinco por ciento del precio de cada uno de los camiones relacionados en la tabla incluida en el párrafo 52 de la presente resolución, así como al interés legal de dichas sumas desde cada fecha de adquisición. Procédase a la restitución del depósito constituido. No se efectúa pronunciamiento en costas.**

**Notifíquese esta resolución en legal forma a las partes haciéndoles saber que no es susceptible de recurso ordinario, sin perjuicio de que contra ella puedan interponerse, si concurriere alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , los recursos extraordinarios de casación o por infracción procesal, ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el plazo de VEINTE DÍAS contados desde el día siguiente al de su notificación. Todo ello previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.**

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