

Roj: **SAP V 3473/2020 - ECLI:ES:APV:2020:3473**Id Cendoj: **46250370092020100903**Órgano: **Audiencia Provincial**Sede: **Valencia**Sección: **9**Fecha: **28/09/2020**Nº de Recurso: **344/2020**Nº de Resolución: **1097/2020**Procedimiento: **Civil**Ponente: **PURIFICACION MARTORELL ZULUETA**Tipo de Resolución: **Sentencia****ROLLO NÚM. 000344/2020**

RF

SENTENCIA NÚM.: 1097/20

Ilustrísimos Sres.:

MAGISTRADOS DOÑA PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA DON ANTONIO PEDREIRA GONZALEZ DON JORGE DE LA RÚA NAVARRO

En Valencia a veintiocho de septiembre de dos mil veinte.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON/ DOÑA PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA**, el presente rollo de apelación número 000344/2020, dimanante de los autos de Juicio Ordinario, promovidos ante el JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE VALENCIA, entre partes, de una, como apelante a HERMANOS BAS SANCHIS SL y DAIMLER AG, representado por el Procurador de los Tribunales don/ña FRANCISCO JOSE GARCIA ALBERT y IGNACIO MONTES REIG, en virtud del recurso de apelación interpuesto por HERMANOS BAS SANCHIS SL y DAIMLER AG.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado del JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE VALENCIA en fecha 22/7/19, contiene el siguiente FALLO: "*QUE DEBO ACORDAR y ACUERDO ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda interpuesta por HERMANOS BAS SANCHIS SL contra DAIMLER AG, y en consecuencia se condena a esta última a que, firme que sea la presente, pague a la actora la cantidad de 8.998€, con los intereses conforme al fundamento de derecho séptimo de esta resolución, y sin que proceda imposición de costas.*".

Aclarada por auto de fecha 18/12/19 con la siguiente parte dispositiva: "*SE ACLARA PARCIALMENTE la sentencia, de fecha 22/07/2019, en los términos del fundamento de derecho único de ésta resolución.*"

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

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. - Resumen de la sentencia apelada.

La Sentencia del Juzgado Mercantil 2 de Valencia de 22 de julio de 2019 estima parcialmente la demanda interpuesta por la entidad HERMANOS BAS SANCHIS SL contra DAIMLER AG, 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 la demandada al abono de 8998 euros (con arreglo a los argumentos que resultan del fundamento jurídico sexto), más intereses desde la reclamación extrajudicial (fundamento séptimo), sin hacer pronunciamiento impositivo en materia de costas procesales.

Por Auto de 18 de diciembre de 2019 se procedió a la rectificación de errores materiales en relación a la concreta identificación de los camiones objeto del procedimiento y de la acción ejercitada por la entidad actora.

El magistrado "a quo" - tras describir en los fundamentos primero y segundo las respectivas posiciones de las partes, y fijar los hechos controvertidos en el tercero - sustenta su decisión en los argumentos que relacionamos, seguidamente, a modo de síntesis:

- 1) La normativa que considera de aplicación al caso, en el fundamento jurídico cuarto.
- 2) Analiza, seguidamente, el alcance de la decisión de la Comisión de 19 de junio de 2016 - cuyo contenido transcribe - de la que deduce la existencia de intercambio de información con la finalidad de fijar precios, lo que constituye herramienta idónea para la fijación de estos y subvertir el libre mercado (fundamento quinto).
- 3) Respecto de la aplicación al caso del artículo 1902 del C. Civil y la concurrencia de los presupuestos jurisprudenciales para la estimación de la acción, considera acreditada la acción ilícita (fijación de precios brutos a través de los intercambios de información), la presunción de la existencia de daños en abstracto, y la relación de causalidad. Y en lo que concierne a la prueba de la cuantía del daño, no estima suficiente el informe del perito de la parte actora basada en el informe Smuda por análisis de 191 cárteles y la determinación de un porcentaje del 20,7%, que considera aleatorio.
- 4) Y con remisión a los criterios del Juzgado Mercantil 3 de Valencia en la resolución dictada en Juicio Ordinario 309/2018, estima que ante la insuficiencia de los informes periciales aportados al proceso (tanto de cargo como de descargo) procede hacer aplicación judicial del daño, que fija en el 5% del precio de compraventa del camión objeto del proceso, resultando la cantidad a favor de la demandante de 8989,60 euros (5% de 179.972 euros, precio de la compraventa de los camiones objeto del procedimiento judicial).
- 5) En materia de intereses (fundamento séptimo) impone su abono desde la reclamación extrajudicial.
- 6) No hace pronunciamiento impositivo en materia de costas procesales.

SEGUNDO. - Recurso de apelación promovido por la representación de HERMANOS BAS SANCHIS SL.

La demandante discrepa de la resolución apelada y desarrolla en su escrito de apelación los siguientes motivos:

1.- En relación con el Fundamento Jurídico Sexto argumenta 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, destacado por su objetividad, en relación con los principios de eficacia, equivalencia e indemnidad que se desarrollan en la jurisprudencia comunitaria.

Previo análisis de los informes periciales aportados respectivamente por las partes afirma que la ponderación judicial es inexacta, que no se ha tomado en consideración que se trata de un cártel internacional (con la incidencia que ello representa a tenor del informe del Sr. Romeo), a lo que añade que el método utilizado por su perito ha quedado refrendado por el Registro de Expertos en Economía Forense (Refor) mediante informe publicado en diciembre de 2018 (que analiza). Con crítica del informe aportado por DAIMLER AG y referencia a los pronunciamientos dictados por Tribunales Alemanes argumenta que no existe razón para pensar que el presente cártel no se encuentre entre aquellos cuya horquilla porcentual se sitúa entre el 10 y el 20%. Y si se tiene en cuenta su carácter internacional, debería estimarse el daño en el 26% del precio abonado por el vehículo, con invocación de otras resoluciones dictadas por Juzgados de lo Mercantil.

2.- Impugnación del Fundamento Jurídico Séptimo porque los intereses deben concederse desde la fecha de adquisición de los vehículos y no desde la fecha que se indica en la resolución apelada.

3.- Impugnación del Fundamento Jurídico Octavo, 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.

TERCERO. - Recurso de apelación planteado por DAIMLER AG.

DAIMLER AG se alza en apelación contra la sentencia de instancia y tras exponer un resumen del procedimiento y de la resolución apelada, desarrolla los siguientes motivos de apelación:



1.- La Sentencia identifica de forma incorrecta el marco jurídico que aplica para dictar su fallo, en relación a la normativa que considera aplicable al caso de los camiones y a la presunción de la existencia del daño y del nexo causal entre la conducta y aquel. Y en referencia a lo indicado afirma:

1.1.- Que las disposiciones de naturaleza sustantiva de la Directiva no son aplicables. Tales disposiciones no tienen efecto retroactivo y por tanto no son de aplicación a hechos acaecidos con anterioridad a la misma, como acontece en el presente caso, en el que la conducta objeto de la Decisión finalizó en 2011. E invoca las resoluciones del TJUE y de tribunales nacionales y extranjeros que considera aplicables en sustento de la tesis que defiende.

1.2.- Que la conducta sancionada no consistió en la fijación de precios brutos, conforme a los pronunciamientos judiciales que igualmente invoca.

1.3.- En el caso de los camiones no se puede presumir la existencia del daño ni del nexo causal entre la conducta y el resultado dañoso que se invoca, porque - entre otros argumentos - la Decisión no contiene conclusiones sobre los efectos de la conducta en el mercado, no presume que estos se produjeran ni tuvieran un impacto real, ni puede presumirse a partir de la nota de prensa publicada por la Comisión el 19 de julio de 2016. Añade a lo anterior que es imposible la presunción del daño con sustento en la Directiva porque no es de aplicación al caso (como ya se había razonado previamente) o con sustento en el informe Oxera 2009 (que es un estudio estadístico que no guarda relación específica con los hechos objeto del proceso), y califica de igualmente imposible " *presumir la relación causal entre la conducta y el daño*" porque las presunciones judiciales no dispensan, a la parte favorecida por ellas, de su carga probatoria y no son absolutas (admiten prueba en contrario). Concluye este apartado indicando que debió desestimarse la demanda porque la parte actora no ha cumplido con la carga de la prueba que le incumbía conforme al artículo 217 de la LEC en relación con los presupuestos a que se refiere el artículo 1902 del C. Civil en que se funda la acción de la entidad demandante.

2.- Incorrecta valoración de la prueba por parte de la sentencia porque no ha apreciado que el dictamen pericial aportado por DAIMLER demuestra de forma empírica la inexistencia del daño alegado por HBS y de la relación causal entre la conducta sancionada por la Comisión y dicho daño. Sustenta el motivo de apelación en los siguientes argumentos:

2.1.- El informe emitido por E.CA y aportado al proceso el 22 de marzo de 2019, amén de la crítica del informe pericial adverso, tiene por objeto demostrar la inexistencia de coordinación efectiva de los precios de camiones en el mercado mediante pruebas empíricas de que la conducta sancionada no produjo alineación de precios brutos ni que los cambios de estos se trasladaron a los clientes finales. Impugna, en definitiva, la ausencia de valoración por el magistrado a quo de la prueba pericial aportada por su representada, con infracción del artículo 348 de la LEC y consecuente indefensión que de ello se deriva para la demandada.

2.2.- El motivo de recurso pasa por describir las evidencias proporcionadas por el informe E. CA sobre la falta de repercusión de una eventual alineación de los precios brutos en los precios netos pagados por clientes finales, con análisis, entre otros aspectos, de los descuentos y de la relación entre precios brutos y netos de Daimler, así como el complejo proceso de formación de los precios en el mercado de camiones por la influencia de una multiplicidad de factores, a los que se refiere seguidamente con explicación de los contenidos y gráficas del informe, que traslada al recurso de apelación.

2.3.- Y concluye afirmando que la resolución apelada infringe las reglas de la sana crítica, que la valoración de la pericial incurre en los defectos de arbitrariedad y falta de lógica que permiten su revisión, y en la inexistente concurrencia de los presupuestos del artículo 1902 del C. Civil que permitiría la estimación de la demanda.

3.- Impugnación del pronunciamiento de la sentencia que cuantifica el supuesto daño que habría sufrido HBS, por la vía de la estimación, en el 5% del precio de adquisición de los vehículos. Considera la recurrente que no se cumplen los requisitos para que el Juzgador de Instancia pueda acudir a la estimación judicial del daño porque no ha hecho uso de todos los posibles medios de prueba a su alcance y ha mantenido una actitud inactiva en relación a la obtención y práctica probatoria, siendo imputable a la parte que el informe aportado por ella carezca de valor probatorio.

Añade a lo expuesto que la cuantificación del 5% con sustento en el informe Oxera 2009 no es correcta conforme al análisis que realiza de su contenido, su carácter genérico y su falta de aptitud para la determinación del sobreprecio en un caso como el que origina el presente litigio, por lo que concluye que el importe fijado en la sentencia apelada es arbitrario y supone una extralimitación en las funciones judiciales.

4.- Infracción del artículo 218.1 de la LEC por parte de la sentencia recurrida: incongruencia ultra petita al condenar a DAIMLER a pagar a HBS los intereses legales que se devenguen desde la reclamación extrajudicial,



a pesar de que la actora únicamente reclamó en el suplico de su demanda los devengados desde su interposición.

Invoca los pronunciamientos judiciales que considera de aplicación al caso para fundamentar que la resolución apelada ha concedido más de lo pedido, y añade a lo anterior que en el supuesto enjuiciado nunca se dirigió una reclamación extrajudicial a su representada, sino a una filial de su mandante.

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, no sin precisar, con carácter previo, que este Tribunal ha venido fijando una serie de criterios - algunos de los cuales son plenamente aplicables a las cuestiones que ahora se someten a nuestra decisión - como consecuencia del conocimiento de una pluralidad de recursos de apelación en el marco de las acciones follow on instadas como consecuencia de la Decisión de la Comisión en el denominado cártel de fabricantes de camiones (Sentencias, entre otras, de 20 de diciembre de 2019 ROJ: SAP V 5941/2019 - ECLI:ES:APV:2019:5941, con origen en una sentencia dictada, como ahora, por el Juzgado de lo Mercantil 2 de Valencia, y 23 de enero de 2020 ROJ: SAP V 292/2020 - ECLI:ES:APV:2020:292, en asunto procedente del Juzgado Mercantil 3, de 18 de mayo de 2020 en el Rollo de Apelación 1575/19, Pte. Sra. Andrés Cuenca, también en asunto procedente del Juzgado Mercantil 2).

De ello se deduce la cita, en algunos de los temas planteados por las partes, a resoluciones precedentes dictadas por la sala, en lo que sea de aplicación.

Añadimos a lo anterior, y con el mero ánimo de estructurar y sistematizar las cuestiones planteadas por ambas partes, que alteraremos el orden en la resolución de los respectivos recursos planteados, pronunciándonos, en primer término, sobre los motivos articulados por DAIMLER y simultáneamente - en los puntos conexos - sobre los planteados por la representación de la entidad demandante, dada la relación entre las cuestiones planteadas por cada una de las partes litigantes.

Finalmente conviene reseñar que al acto de juicio compareció únicamente la parte actora y se procedió a la ratificación y aclaración del informe pericial emitido a su instancia por el perito Sr. Romeo , quien respondió a las preguntas formuladas por la dirección letrada demandante en relación al método y criterios utilizados por él para la cuantificación del daño que se reclama en la demanda, y se reproduce - en lo que no ha sido concedido en la instancia - en el recurso de apelación.

QUINTO. - Valoración y decisión de la sala sobre los motivos de apelación articulados por la representación de DAIMLER y en lo que afecta a las mismas cuestiones - por su conexión-, a la impugnación de la sentencia formulada por la representación de HERMANOS BAS SANCHIS SL.

5.1. Normativa aplicable.

La identificación de la normativa aplicable a las reclamaciones de daños consecutivas a la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016 ha sido una de las cuestiones más debatidas en el marco de los numerosos procedimientos instados bajo el paraguas de la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016.

Esta Sección, teniendo en cuenta los elementos temporales a valorar en torno al cártel de los camiones considera que se ha de estar al contenido del artículo 1902 del C. Civil en conexión con el artículo 101 del TFUE, sin que sea posible - conforme a las resoluciones del TJUE que citamos en nuestros pronunciamientos precedentes - una interpretación conforme a la Directiva 2014/104/UE para resolver estas reclamaciones, ni sustentar el pronunciamiento en el tenor orientativo de sus preceptos.

Así resulta de nuestras Sentencias de 16 de diciembre de 2019 (ROJ: SAP V 4151/2019 - ECLI:ES:APV:2019:4151 y ROJ: SAP V 4152/2019 - ECLI:ES:APV:2019:4152), 20 de diciembre de 2019 (ROJ: SAP V 5941/2019 - ECLI:ES:APV:2019:5941), 20 de enero de 2020 (ROJ: SAP V 267/2020 - ECLI:ES:APV:2020:267) y las sucesivas que hemos ido pronunciando, con reproducción de criterio sobre el régimen jurídico aplicable. Evitamos ahora la transcripción de todos los elementos que sirvieron para definirlo [Sentencia del TJUE de 28 de marzo de 2019 (Caso Cogeco C-637/17), Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013 (ROJ: STS 5819/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5819), el hecho de que la Directiva 2014/104 se sustente en los criterios jurisprudenciales precedentes del TJUE - que son los que sirvieron para fijar nuestras conclusiones e identificábamos -, los antecedentes de la Directiva, y nuestro propio acervo jurisprudencial nacional, también citado en la fundamentación que sirvió de base a nuestras resoluciones.].

En términos similares, la Audiencia Provincial de Pontevedra en Sentencia de 28 de febrero de 2020 (ROJ: SAP PO 471/2020 - ECLI:ES:APPO:2020:471) declara que: "...desde el punto de vista material no existen 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." Y reitera el criterio en las resoluciones de 12 de mayo de 2020 (Rollo de Apelación 970/2019, apartado 44), 14 de mayo de 2020 (Rollo de Apelación 116/2020, apartado 36) y 5 de junio de 2020 (Rollo de Apelación 140/2020, en su apartado 26).

En el mismo sentido la Audiencia de Barcelona en la sentencia de 17 de abril de 2020, cuando en su Fundamento Séptimo, párrafo 30 dice: " No se cuestiona que la acción que se ejercita es la derivada de la responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC, pero se discrepa con la resolución de instancia en cuanto a interpretar la norma nacional conforme al derecho comunitario. Sobre esta cuestión ya nos pronunciamos en las sentencias referidas al cártel de los sobres - Sentencia de 13 de enero de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:184), por todas - donde argumentábamos que vistas las fechas de los actos colusorios e interposiciones de las acciones no resultaba de aplicación el principio de aplicación conforme, dado que en esas fechas no había finalizado el plazo de transposición de la Directiva, por lo que no cabe la interpretación del derecho nacional (que contiene una regulación completa) conforme a la Directiva de daños." Y añade que en el caso que enjuicia debe llegar a la misma conclusión por razón de los elementos temporales que describe en el párrafo siguiente.

La Audiencia Provincial de Bilbao, en Sentencia de 4 de junio pasado, mantiene idéntico criterio al resultante de las resoluciones que preceden, razonando en su Fundamento Jurídico Sexto que el régimen legal de aplicación al litigio es el de la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del C. Civil, y, a continuación, explica que no es posible interpretar el derecho nacional conforme a la Directiva 2014/104/UE por ser anteriores a ella los hechos que se enjuician.

Finalmente, la Audiencia Provincial de Zaragoza en Sentencia de 27 de julio de 2020 analiza la normativa aplicable a estos supuestos en el segundo de sus Fundamentos de Derecho, e indica que: 1) Por razones temporales no son de aplicación al caso los artículos 71 a 81 de la Ley de Defensa de la Competencia, en su redacción derivada de la transposición de la Directiva 2014/104/UE. 2) Destaca la existencia de instrumentos previos en nuestro ordenamiento jurídico para la reclamación de daños y perjuicios causados por una conducta anticompetitiva, con cita de los pronunciamientos judiciales que considera descriptivos de la aplicación privada del derecho de la competencia en nuestro país. Y como conclusión de su análisis afirma la inexistencia de obstáculo para que el demandante pueda reclamar los daños y perjuicios sufridos por el cártel de los camiones de acuerdo con el artículo 101 del TFUE por la vía de la responsabilidad extracontractual (1902 y 1903 del C. Civil).

Desde esta perspectiva, la Sala coincide con la recurrente en la afirmación de no ser aplicable la Directiva 2014/104, ni ser procedente la interpretación conforme a ella en los términos que resultan de la sentencia apelada.

Cuestión distinta es la relativa a las consecuencias que se derivan de la aplicación de las normas e instrumentos jurídicos previos a la indicada Directiva y su transposición al ordenamiento jurídico español, que se revelan suficientes para llegar a conclusiones estimatorias de acciones derivadas de la infracción de las normas de la competencia, cuando concurren los presupuestos exigibles para ello, tal y como ha quedado reflejado en los diversos pronunciamientos dictados por las Audiencias Provinciales a las que nos hemos referido a lo largo de este apartado.

5.2. Decisión de la Comisión.

Sobre el contenido y alcance de la Decisión de la Comisión de la que trae causa la demanda formulada por HERMANOS BAS SANCHIS SL contra DAIMLER AG, hemos valorado [teniendo presente la Sentencia del TGUE de 16 de septiembre de 2013 confirmada por la Sentencia del TJUE de 3 de julio de 2018 (T-379/10 y T-381/10) y el párrafo 27 de la Decisión] que, aun tratándose de una infracción por el objeto, cabe estimar la existencia de efectos en el mercado, y en particular de la relación de causalidad entre la conducta sancionada y su incidencia en el precio de los camiones adquiridos.

En este caso, la titularidad de la acción corresponde a HERMANOS BAS SANCHIS SL como propietaria de los camiones 3349 GBZ y 9324 GDX adquiridos respectivamente en fecha 25 de febrero y 22 de abril de 2008 mediante financiación (a tenor de las facturas aportadas al proceso a los folios 40 y siguientes, siendo la entidad financiadora la CAJA DE AHORROS DE VALENCIA, CASTELLÓN Y ALICANTE), en relación con las



tarjetas de transporte aportadas. La adquisición de tales vehículos se produjo en el período de cartelización tal y como se desprende de las fechas de las facturas citadas (2008).

La existencia de relación de causalidad que hemos venido defendiendo en nuestras resoluciones anteriores se aprecia, también, por las Audiencias de Pontevedra y de Barcelona, en las sentencias citadas en apartados anteriores. Y se ha mantenido la misma posición en la Sentencia de la Audiencia de Bilbao de 4 de junio de 2020 y en el Fundamento Quinto de la Sentencia de la Audiencia de Zaragoza de 27 de julio de 2020, con ocasión del análisis de los efectos de la Decisión de la Comisión y su incidencia en la determinación de los precios de venta al destinatario final.

Y como ya hemos indicado en Sentencia de 29 de junio de 2020 (Rollo 1564/2019), según se recoge en un exhaustivo análisis doctrinal sobre las primeras sentencias de Audiencias Provinciales sobre los daños causados por el cártel de fabricantes de camiones, esta posición sobre la relación de causalidad no sólo se ha mantenido por los tribunales españoles que hemos analizado el problema, sino también por algunos Tribunales Superiores de Justicia alemanes al relacionar los precios brutos y los precios de venta de los camiones, con anclaje en el propio contenido de la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016. Se reseñan, en particular, las Sentencias de OLG Stuttgart de 4 de abril de 2019, y OLG Schleswig- Holsteinisches de 17 de febrero de 2020.

Conviene cerrar la cuestión mencionando la Sentencia del TJUE de 2 de abril de 2020 (C-228/18), en la que, dando respuesta a una cuestión prejudicial elevada por el Tribunal Supremo de Hungría, sobre la aplicación del art.101.1 TFUE en los cárteles "por el objeto" y "por los efectos", el Tribunal se refiere, respecto de los primeros, a la necesaria valoración de los efectos limitativos o distorsionadores de la competencia en mercados concretos, exigiendo un mínimo nivel de pronunciamiento y de prueba sobre carácter lesivo del acuerdo.

En el caso del cártel de fabricantes de camiones, pese a la parquedad de la Decisión de la Comisión sobre los efectos de las conductas sancionadas, cabe concluir, de su literalidad, la existencia de efectos en el mercado de camiones con la extensión temporal y geográfica que se describe, por lo que reiteramos el criterio que hemos venido manteniendo hasta el momento.

5.3. Error en la valoración de la prueba por ausencia de pronunciamiento sobre la prueba pericial aportada por la actora. Valoración de las respectivas periciales (apelación e impugnación de la sentencia).

El hecho de que en una resolución judicial no se haga referencia expresa a algún medio de prueba no implica que no haya mediado la oportuna valoración de la aportada por cada una de las partes litigantes, máxime cuando es admisible la fijación de las conclusiones judiciales dentro del marco de una valoración conjunta de la practicada en el proceso. Así se desprende, entre otras resoluciones, del Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2017 (ROJ: ATS 3461/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3461A).

Aun cuando en la sentencia apelada no se contiene un análisis particularizado del informe pericial presentado por la demandada, ello no implica que no se haya tomado en consideración, pues el fundamento sexto se refiere, en plural, a la valoración de los informes periciales, y rechaza el informe de la demandante con argumentos que resultan de la posición de la demandada y su perito (método utilizado), lo que implica que hubo valoración del conjunto de la prueba practicada, aunque no se haga cita expresa del contenido del informe emitido por E. CA Economics (admitido como prueba en la Audiencia Previa).

En este contexto, no apreciamos vulneración del artículo 348 de la LEC - relativo a la valoración de la prueba pericial - sin perjuicio de indicar ahora, en cumplimiento de lo ordenado en los artículos 218 y 465.5 de la LEC en relación con el artículo 456.1 del mismo cuerpo legal que:

5.3.1.- En este procedimiento, como en los precedentes que ha enjuiciado esta Sección de la Audiencia de Valencia, la demanda planteada responde al mismo esquema que las presentadas en ellos, y sustenta sus pretensiones de condena (cuantificación del daño) en el informe pericial emitido por el perito Sr. Romeo (adaptado a cada reclamación en particular) que hemos analizado y valorado en diversas ocasiones. En el caso que ahora se somete a nuestra consideración, dicho informe fue sometido a ratificación en el acto de juicio, al que compareció únicamente la parte actora, sin que lo hiciera la entidad demandada, según se desprende del soporte de grabación audiovisual que hemos revisado. Destacamos ahora que tal informe pericial, análogo al presentado en otros procedimientos, no ha sido considerado apto para la acreditación del perjuicio, por razón de la inadecuación del método utilizado por el perito para fijar sus conclusiones, al margen de los recomendados por la Guía Práctica de la Comisión y por referencia a estudios estadísticos relativos a situaciones diversas a la que configura el cártel de los fabricantes de camiones.

Así lo hemos entendido en las sentencias de 16 y 20 de diciembre de 2019, 23 de enero de 2020, o en la más reciente de 8 de junio pasado (por todas), en las que señalamos que el método de valoración utilizado por el perito de la actora (Sr. Romeo) - que es el que hemos enjuiciado hasta el momento actual - no es adecuado



para provocar nuestra convicción, por sustentarse en estudios de investigación cuya finalidad es ajena a la cuantificación del daño.

5.3.2.- El informe pericial aportado por la representación demandada (en soporte digital, junto con sus anexos) fue emitido por E.CA Economics y consta, además de una introducción sobre el objeto, fuentes consultadas y estructura del informe y aptitud de sus autores (páginas 1 a 6), de tres apartados: a) el dedicado a valorar la plausibilidad de los incrementos en los precios netos, b) el relativo a la aplicación de su análisis a la demanda y c) la valoración crítica del informe pericial emitido por el Sr. Romeo . El dictamen concluye, en el primero de sus apartados, en el incumplimiento de las condiciones necesarias para poder estimar que el intercambio de intenciones en materia de incremento futuro de los precios brutos condujera a un incremento coordinado en los precios netos, por lo que no considera plausible que la infracción sancionada por la Decisión de la Comisión ocasionara -en el caso de DAIMLER - un perjuicio a los compradores de los camiones. En el segundo de sus apartados aplica los resultados del estudio realizado a los camiones objeto del procedimiento (probablemente adquiridos mediante contrato de leasing al aparecer las facturas a nombre de la Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante, según apunta en la página 13 de las 117 que integran el documento) para indicar que es de aplicación a los mismos la conclusión expresada en el punto anterior, esto es, que por razón del intercambio de información sobre los precios brutos no puede deducirse que la intención de incremento de precios se tradujera en un incremento efectivo en los precios netos soportado por el adquirente de tales vehículos. Finalmente, el tercer apartado, rechaza el informe adverso por incumplimiento de los estándares científicos (especialmente por referencia al método elegido por el Sr. Romeo y su ulterior desarrollo), por considerar que no hay prueba del daño (consecuencia de la incorrecta calificación del cártel como duro, cuando se trata de una sanción por el objeto) y por aplicar un sobrecoste del 20,7% consecuencia de un enfoque inadecuado de la pericia, sin realización de un efectivo análisis del mercado de los camiones en España. Señala que el informe emitido por el Sr. Romeo no proporciona referencias válidas para calcular el daño alegado, y no desvirtúa la primera de sus conclusiones: la falta de verosimilitud de que la infracción sancionada ocasionara daños a los clientes adquirentes de camiones. No aporta elementos que permitan una cuantificación alternativa puesto que parte de la premisa (no aceptada por una buena parte de los tribunales nacionales y alemanes) de la ausencia de efectos de la conducta de los infractores sobre el mercado.

Dicho cuanto antecede, y como venimos declarando reiteradamente, la clave para la valoración de los informes periciales aportados es la identificación de los parámetros establecidos en la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013 (cártel del azúcar).

Rechazado el informe de la parte actora, tampoco provoca nuestra convicción el informe emitido por E. CA Economics más allá de la crítica de la metodología de la pericial adversa (que ha prosperado en la instancia por razón del rechazo de la pericial actora) porque, aun cuando permite constatar que el método utilizado por el Sr. Romeo no es apto para la cuantificación del daño (en los términos ya expuestos, que compartimos), parte de la premisa (interesada) de la inexistencia de efectos sobre los adquirentes de los camiones en el período de cartelización, en una conclusión diversa de la que ya hemos fijado en pronunciamientos anteriores como consecuencia de la lectura del contenido de la Decisión de la Comisión.

5.4.- Cuantificación del daño.

Al hilo de cuanto hemos expuesto, precisamos que no obstante lo indicado hasta el momento, en nuestras resoluciones precedentes, en situación análoga a la que ahora examinamos, valoramos que la parte demandante había intentado la aportación al proceso de elementos de prueba para la cuantificación del daño en un contexto de dificultad probatoria y asimetría informativa. Ello nos permitía (y nos permite) acudir a la doctrina *ex re ipsa*, con la cautela y prudencia que deriva de las resoluciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el marco de un escenario apto para su aplicación. Dicho escenario queda definido, entre otros aspectos, por el respeto al principio de efectividad del artículo 101 del TFUE [que se desprende de nuestras resoluciones de 18 de febrero (Rollo 1611/19) y 24 de febrero de 2020 (Rollo 1311/19)], por los estudios estadísticos que describen el altísimo porcentaje en que los cárteles producen efectos (con la consecuente presunción a favor de los perjudicados), o la inexistencia de una cuantificación alternativa del daño (pese a la posición de prevalencia y de facilidad probatoria de las entidades destinatarias de la sanción).

La presunción de la existencia del daño no sólo ha sido apreciada por esta Sección (Sentencias de 16 y 20 de diciembre de 2019, 23 de enero, 18 y 24 de febrero, 25 de mayo y 8 y 15 de junio de 2020) y las Audiencias de Barcelona (17 de abril de 2020) y Pontevedra (28 de febrero, 12 y 14 de mayo y 5 de junio de 2020), sino también por los Tribunales alemanes, en particular, en el cártel de los fabricantes de camiones en la Sentencia OLG de Stuttgart de 4 de abril de 2019, o en la OLG Schleswig-Holsteinisches de 17 de febrero de 2020 (ECLI:DE:OLGSH:2020:0217) transcritas parcialmente en el trabajo doctrinal mencionado *ut supra*, con precedente en la Sentencia del Tribunal Supremo Alemán de 11 de diciembre de 2018 sobre el cártel de los raiiles de ferrocarril.



Dicho lo cual, y en lo que se refiere a la cuantificación del daño en el indicado contexto, esta Sala declaró, atendida la concreta prueba practicada (materiales aportados por los litigantes al proceso), que la cantidad del 5% del precio neto del camión litigioso que se había fijado - como ahora - por los Juzgados mercantiles de Valencia (en contraposición con lo resuelto por otros órganos de instancia de todo el territorio nacional), era proporcionada y debía mantenerse en su cuantía, discrepando, no obstante, de los argumentos utilizados para su determinación (sustento en el informe Oxera de 2009, en relación con los argumentos de los recurrentes de incurrir la decisión judicial en el mismo motivo de reproche efectuado el juzgador de instancia respecto del dictamen pericial de la parte actora: elección aleatoria de un porcentaje en una determinada horquilla).

La confirmación del 5% no es una decisión caprichosa o arbitraria de esta Sala. Partíamos del respeto a la facultad discrecional del órgano de instancia de cuantificar el daño (con un resultado que no consideramos erróneo), y apoyábamos la conclusión indemnizatoria en los elementos aportados por las partes al proceso (principios de aportación de parte y de efectividad). Citábamos por ello las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2006 (ROJ: STS 5866/2006 - ECLI:ES:TS:2006:5866) y 21 de junio de 2007 (ROJ: STS 4479/2007 - ECLI:ES:TS:2007:4479) en las que se afirma que la cuantificación de las indemnizaciones es competencia exclusiva de los órganos judiciales, valorando caso por caso las pruebas practicadas en autos. Añadimos ahora (por referencia a las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1993, 20 de mayo de 1996, 18 de febrero de 1997 y 29 de septiembre de 1999) que la apreciación del daño en su extensión y alcance - quantum - es una cuestión de hecho que no puede ser combatida al amparo del artículo 1902 del C. Civil, salvo "error craso", pues se trata de un elemento de conocimiento, convicción y decisión dejado a la libre apreciación del Tribunal de Instancia, lo que no impide la revisión de los parámetros en que se sustentó aquella decisión cuando los mismos han sido cuestionados (como es el caso).

Los elementos de prueba obrante en este expediente son coincidentes - en gran medida - con los entonces enjuiciados, lo que nos permite llegar a la misma conclusión. Hemos examinado - amén de las periciales - los documentos que justifican la legitimación de las partes - por sus respectivas posiciones de adquirente de vehículos cartelizados y destinatario de la Decisión de la Comisión -, y aquellos otros que, en ese proceso de cuantificación del daño, siquiera de forma indiciaria u orientativa, nos permiten valorar (con otros elementos de apoyo - duración del cartel, extensión geográfica, escenario de dificultad probatoria, etc.-), para superar la contradicción argumental denunciada, que el porcentaje fijado en la instancia da adecuada respuesta al principio de reparación del daño indebidamente soportado a que se refiere el artículo 1902 del C. Civil en relación con la doctrina *ex re ipsa*.

También las Audiencias de Pontevedra y de Barcelona han expresado su criterio sobre este tema.

La primera de ellas, en la Sentencia de 28 de febrero de 2020 - en la que con examen de un informe pericial distinto del aportado en esta litis por la demandante - se valora la horquilla de porcentajes descritos en el propio informe econométrico y la Sala estima en un 5% el perjuicio atendiendo a " *las cifras concedidas en procedimientos similares*", la naturaleza de la infracción y su duración, y el hecho de que la estimación judicial del daño opera " *ante la insuficiencia de atender con la intensidad suficiente la carga probatoria por quien reclama la indemnización*". El razonamiento se mantiene en las resoluciones de 12 y 14 de mayo y de 5 de junio de 2020.

Por su parte, la Audiencia de Barcelona tiene presentes sus resoluciones anteriores dictadas en el marco del cártel de los sobres de papel, y - por mor de la escasa convicción que le provocan los informes periciales del litigio - considera que procede la cuantificación judicial del daño, fijando el perjuicio en el 5% del precio neto del camión al entender que es un porcentaje adecuado atendiendo a la duración del cártel, la distorsión del mercado reconocida en la Decisión de la Comisión, la inidoneidad del método de cuantificación utilizado por el perito de la parte demandante, la conclusión del perito demandado sobre perjuicio cero, y los argumentos expresados por esta Sección de la Audiencia de Valencia por referencia a la descripción del contenido de resoluciones dictadas por diversos Tribunales alemanes.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Zaragoza, que también rechaza el informe emitido por el Sr. Romeo en lo que concierne a la cuantificación del daño, afirma que, si bien no cumple con la finalidad indicada, si que permite confirmar la presunción *iuris tantum* de la existencia del daño, máxime cuando no se ha aportado de contrario una valoración alternativa que permitiera decidir al tribunal entre las opciones planteadas. En tales circunstancias acude a la cuantificación judicial en la medida en que, con arreglo a la doctrina del TJUE las dificultades de prueba (que aprecia) " *no pueden hacer ilusorio el derecho a la reparación del daño ni dejar sin contenido el efecto disuasorio*". Y siguiendo los criterios de las Audiencias precedentemente citadas, fija la indemnización en el importe equivalente al 5% del precio de adquisición del camión (sin IVA) por entender que " *es el mínimo que puede concederse en los casos en que, como aquí acontece, la prueba pericial aportada con la demanda resulta insatisfactoria*".



No es este el criterio que sigue la Audiencia Provincial de Bilbao (que contiene un voto particular alineado a nuestra tesis), pues en su fundamento jurídico noveno confirma el pronunciamiento dictado en la instancia por el que se cuantifica el daño en el 15% del valor de adquisición del vehículo ante la ausencia de informe pericial de la demandada que permitiera llegar a otra conclusión, atendida su presentación extemporánea.

En lo que concierne al caso que nos ocupa, y teniendo presentes las reflexiones expuestas, las consecuencias son: i) la desestimación del recurso de apelación de DAIMLER que pide su absolución por inexistencia de cualquier daño (tesis que no aceptamos), y, ii) asimismo, la desestimación de la impugnación de la sentencia articulada por la representación de HERMANOS BAS SANCHIS SL, dado que, como se desprende de nuestros razonamientos, no podemos acoger la pretensión articulada por esta última sustentada en el valor que atribuye al informe del Sr. Romeo (que no hemos aceptado), ni en la posición de otros órganos judiciales que, tras rechazar la habilidad del método estadístico utilizado pericialmente, sin embargo, fijan sus conclusiones soportándolas en las estadísticas del informe Oxera 2009.

5.5.- Intereses y alegación de incongruencia de la resolución apelada.

La última de las cuestiones planteadas por la representación de DAIMLER se refiere al devengo de los intereses, dado que sostiene que, no habiendo mediado reclamación extrajudicial, no puede situarse en ella el día inicial del cómputo, a lo que añade que la actora fijó en su demanda como fecha inicial la de la presentación de la demanda.

La demandante ha impugnado la sentencia en lo que a este punto se refiere porque considera que los intereses deben devengarse desde la fecha de la adquisición de los respectivos vehículos, y argumenta que así lo postuló en su demanda, por lo que solicita la revocación de la sentencia en lo que a este extremo se refiere.

También en este tema nos hemos pronunciado en ocasiones precedentes. Citamos por todas, la Sentencia de 24 de febrero de 2020 (ROJ: SAP V 1165/2020 - ECLI:ES:APV:2020:1165) en la que declaramos que los intereses son elemento integrante de la reparación del daño, de acuerdo con lo que se indica en el apartado 20 de la Guía Práctica, la Sentencia del TJUE de 13 de julio de 2006 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2012 (ROJ: STS 5462/2012 - ECLI:ES:TS:2012:5462).

En la citada sentencia de 24 de febrero pasado, en la que la demanda era del mismo tenor que la que enjuiciamos ahora, decíamos que la redacción del suplico no era clara porque los intereses procesales no se devengan desde la interposición de la demanda (que es lo que se pide en el punto 2), sino, en su caso, desde la sentencia (conforme al artículo 576 de la LEC), pero, teniendo en cuenta el contenido del apartado c) del Fundamento Décimo de la demanda (del mismo modelo que el actual), concluimos, citando nuestra Sentencia de 16 de diciembre de 2019, que "*si bien la petición es confusa y deliberadamente ambigua ... la actora se refiere a los intereses desde la fecha de la compra de los camiones 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*". Y en tal contexto acogimos la pretensión de la parte actora en aquel procedimiento.

El mismo criterio hemos de mantener ahora, por mor del principio de igualdad que requiere que, ante situación iguales, los órganos judiciales den análoga respuesta.

Ello implica la estimación del motivo de impugnación de la entidad actora, desactivando los argumentos de la apelación de la demandada.

5.6.- Costas de la primera instancia.

El pronunciamiento sobre costas de la primera instancia es ajustado a derecho atendida la estimación parcial de la demanda y la correcta aplicación por el magistrado "a quo" del artículo 394 de la LEC.

SEXTO. - Costas de la apelación.

La desestimación de la apelación implica, a priori, la imposición de las costas de la alzada conforme al contenido del artículo 398 de la LEC.

Sin embargo, no procede hacer tal pronunciamiento impositivo en el caso que nos ocupa por las siguientes razones:

1.- Porque aún sin trascendencia en el fallo, hemos valorado positivamente alguno de los argumentos de la recurrente respecto de la fundamentación de la sentencia apelada, en particular en lo que concierne al régimen legal aplicable - a título de ejemplo -, y ello justifica la interposición del recurso de apelación.

2.- Porque atendida la fecha en que se interpuso el recurso, valoramos que se trataba de un momento de controversia y posiciones muy discrepantes entre los órganos de la instancia de todo el territorio nacional, concurriendo al caso las dudas de derecho que justificaban el acceso a la apelación.



En consecuencia, cada parte soportará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, como hemos mantenido en la Sentencia de 25 de mayo pasado (Rollo 1686/19. Pte. Sra. Andrés Cuenca) y de 15 de junio de 2020 (Rollo 1880/2019).

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

Y la estimación parcial de la impugnación implica que, respecto de esta, cada parte soporte las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Vistos los preceptos legales, concordantes y demás de general y pertinente aplicación, y entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2018 (ROJ: STS 3087/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3087) en materia de presunciones.

FALLO

DESESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por la representación de DAIMLER AG contra la Sentencia del Juzgado Mercantil 2 de Valencia de 22 de julio de 2019 (aclarada por Auto del mismo Juzgado de 18 de diciembre de 2019), que confirmamos, sin hacer pronunciamiento impositivo de las costas de la apelación, y pérdida del importe del depósito constituido para apelar.

Estimamos parcialmente la impugnación de la sentencia articulada por la representación de HERMANOS BAS SANCHIS SL y revocamos el pronunciamiento relativo al devengo de intereses, cuya fecha inicial situamos en la de la adquisición de los respectivos camiones objeto del proceso, rechazando los demás extremos de la impugnación. Respecto de las costas de dicha impugnación, cada parte soportará las derivadas de su defensa en el proceso y las comunes por mitad.

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.