



Roj: **SAP PO 471/2020 - ECLI:ES:APPO:2020:471**

Id Cendoj: **36038370012020100144**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **28/02/2020**

Nº de Recurso: **982/2019**

Nº de Resolución: **108/2020**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00108/2020

Modelo: N10250

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

Teléfono: 986805108 **Fax:** 986803962

Correo electrónico:

Equipo/usuario: PA

N.I.G. 36038 47 1 2019 0000239

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000982 /2019

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

Procedimiento de origen: OR4 ORDINARIO DEFENSA COMPETENCIA-249.1.4 0000129 /2019

Recurrente: MAN TRUCK & BUS AG

Procurador: JUAN CARLOS ALVAREZ VAZQUEZ

Abogado: BEATRIZ GARCIA GOMEZ

Recurrido: Artemio

Procurador: AURORA ALONSO MENDEZ

Abogado: JUAN RAMON CAMACHO VAZQUEZ

**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. 108/20



En Pontevedra, a 28 de febrero de 2020.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 1ª, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de ORDINARIO DEFENSA COMPETENCIA-249.1.4 129 /2019, procedentes del XDO. DO MERCANTIL N. 1 de PONTEVEDRA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 982 /2019, en los que aparece como **parte apelante-demandado, MAN TRUCK & BUS AG**, representado por el Procurador de los tribunales, Sr. JUAN CARLOS ALVAREZ VAZQUEZ, asistido por el Abogado D. FERNANDO MONGO DE VIERNA, y como parte apelada-demandada, Artemio, representado por el Procurador de los tribunales, Sra. AURORA ALONSO MENDEZ, asistido por el Abogado D. JUAN RAMON CAMACHO VAZQUEZ, **siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ, quien expresa el parecer de esta Sala.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Mercantil núm.1 de Pontevedra, con fecha 16 de octubre de 2019, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

" Se estima parcialmente la demanda interpuesta por D. Artemio contra Man Truck & Bus SE, y se condena a la demandada a abonar a la demandante en concepto de indemnización por daños la cantidad total de 6.382,75 euros, junto con el interés legal, que se contará desde el 30 de julio de 1999, así como al pago de las costas procesales, con los límites señalados en el Fundamento Jurídico Sexto.

Se desestiman las pretensiones ejercitadas por Transportes Gallegos Petroquímicos, S.L., contra Man Truck & Bus SE, y se condena a esa demandante al pago de la mitad de las costas procesales de la demandada. "

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación de MAN TRUCK & BUS AG se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, 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. Es objeto de recurso la sentencia dictada en primera instancia que estimó parcialmente la demanda formulada por la representación de D. Artemio, y desestimó la demanda presentada por Transportes Gallegos Petroquímicos, S.L., contra Man Truck & Bus AG, (*Man*, en adelante), en el ejercicio de una acción consecutiva de daños por infracciones en materia de competencia.

2. Las acciones acumuladas se ejercitaban sobre la base de 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 las conductas siguientes: a) acuerdos o prácticas concertadas sobre la fijación de precios y aumentos de precios brutos; b) acuerdos o prácticas concertadas sobre el calendario para la introducción de las tecnologías de emisiones exigidas por las normas EURO3 a EURO6; y c) acuerdos o prácticas concertadas sobre la repercusión de las tecnologías de emisiones (EURO 3 a EURO6). Estas conductas se desarrollaron, según la Decisión, desde el 17.1.1997 hasta el 18.1.2011.

3. La demanda relataba que los demandantes eran titulares de un camión (*Man* modelo 19465FLT, con matrícula CI-....-HY), adquirido el 30.7.1999, durante la vigencia del cártel, por el que tuvieron que pagar un precio superior al que hubieran debido abonar si no hubieran existido los comportamientos colusorios. El importe de la repercusión en el precio de las conductas sancionadas por la Comisión se pretendía justificar mediante la aportación de un informe pericial, elaborado por la Sra. Virginia y los Srs. Florencio y Gabino, que incorporaba a su vez un informe emitido por la Sra. María Inmaculada, de la Universidad de Santiago de Compostela (USC). El informe concluía que el promedio de desviación del precio de los camiones, -como el adquirido por los demandantes-, a consecuencia de las conductas colusorias desarrollada por las empresas sancionadas en la Decisión, fue del 16,68%, por lo que concretaban la pretensión de condena en la suma de 10.646,42 euros, más la cantidad de 8.435,25 euros en concepto de intereses moratorios ya devengados.

4. Como fundamento material de la demanda se invocaban el art. 1902 del Código Civil, y los preceptos correspondientes de la Directiva 2014/04/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, (*la Directiva*), así como el RD Ley 9/2017, de 26 de mayo, que reformó la Ley de Defensa de la Competencia(LDC), normas invocadas como "*criterio orientador del Derecho nacional*". La demanda razonaba igualmente sobre el efecto vinculante de la Decisión para el planteamiento de la acción de daños, al tratarse del ejercicio de una acción consecutiva



o *follow-on*, en el sentido del art. 75 LDC. La demanda también explicaba extensamente los criterios seguidos para la cuantificación del daño, y destacaba la singularidad en la exigencia probatoria del perjuicio en los ilícitos derivados de conductas infractoras de la competencia.

5. La representación demandada se opuso a la demanda con argumentos procesales y de fondo. En esencia, la demandada rechazaba la legitimación activa de los demandantes, al no haber aportado ninguna prueba acreditativa de la adquisición efectiva del camión; se alegaba también la prescripción de la acción ejercitada; como argumento de fondo se sostenía que la Decisión había sancionado una infracción del Derecho de la competencia " *por su objeto*", sin mención alguna a los efectos de las conductas infractoras; por tanto, correspondía a los actores acreditar que las conductas descritas en la Decisión hubieran causado un daño, en particular la elevación del precio de adquisición del camión, proposición que se rechazaba con contundencia. El cuerpo de la contestación a la demanda insistía en que la Decisión no describía un cártel de precios, sino un mero intercambio de información sobre precios brutos, que no produjo efecto alguno en el mercado.

6. El extenso escrito de oposición ofrecía una particular interpretación del contenido de la Decisión, e insistía en la necesidad de que los demandantes hubieran acreditado la efectiva causación de un perjuicio, en particular se sostenía que era carga de los demandantes acreditar que las conductas sancionadas por la Comisión hubieran repercutido en el mercado, mediante una elevación o sobrepeso de los precios netos de los vehículos fabricados por la demandada. Tras describir en detalle el proceso y las peculiaridades del sistema de fijación de los precios en el sector afectado, se ponían de manifiesto diversas circunstancias características de dicho mercado, que hacían poco menos que imposible que el acuerdo sobre precios brutos repercutiera en el precio de adquisición por el público de cada camión.

7. El expositivo tercero del escrito de contestación criticaba el informe pericial acompañado con la demanda, en buena medida con los criterios que luego se incorporarían al informe pericial aportado por la propia demandada, elaborado por las Sras. Amelia, Ariadna y Bárbara, del gabinete pericial *Compass Lexecon*, (fechado el 30.7.2019), y se tachaba de genérico y de no adecuado al caso el informe de los demandantes. Finalmente, la mercantil demandada rechazaba la reclamación por el concepto de intereses devengados.

8. En la fundamentación jurídica del escrito de contestación se cuestionaba la aplicación de la Directiva, y de la norma española de transposición, por razones temporales, y se rechazaba que la Directiva tuviera efecto directo; en particular, se razonaba extensamente sobre la imposibilidad de aplicación al caso del denominado " *principio de interpretación conforme*", que a la postre implicaría una aplicación *contra legem* de la normativa sustantiva vigente.

La sentencia de primera instancia.

9. Tras el correspondiente resumen con las posiciones de las partes, la sentencia reproduce parcialmente el contenido de la Decisión, y concluye afirmando la legitimación de *Man* para soportar el ejercicio de la acción de daños consecutiva, como empresa integrante del cártel y sancionada por la autoridad europea de competencia, todo ello con el apoyo de la cita de la STJUE 14.12.2000, C-344/98. El fundamento jurídico tercero de la sentencia concreta el marco jurídico aplicable al litigio, constituido por el art. 1902 CC; 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. En contra de lo sostenido por la demandada, la sentencia admite la aplicación del principio de interpretación conforme de la Directiva, pero sólo respecto a sus disposiciones de contenido procesal. 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*.

10. En su fundamento jurídico cuarto, la sentencia proclama la legitimación activa de la persona física demandante, -el Sr. Artemio-, y la falta de legitimación de la mercantil codemandante. El juez de lo mercantil considera que la documentación aportada con la demanda acredita la condición del demandante como adquirente del camión, mientras que rechaza tal cualidad en Transportes Gallegos Petroquímicos, S.L.

11. El extenso fundamento jurídico cuarto, (en realidad debe decir *quinto*), justifica la decisión parcialmente estimatoria de la demanda. El juez parte de la afirmación de que las conductas descritas en la Decisión son susceptibles de producir el daño, consistente en el incremento del precio de los productos fabricados por las entidades integrantes del cártel. Según la tesis de la sentencia, " *... si ha habido acuerdo sobre fijación de los precios brutos... a nadie se le escapa que este incremento se ha de trasladar necesariamente, en mayor o menor*



medida, a toda la cadena de distribución de los camiones, hasta llegar al comprador final". Tras esta afirmación general, la sentencia examina los informes periciales aportados con la demanda y con la contestación.

12. La sentencia parte de que, en materia de acciones de daños en infracciones de la competencia, al demandante le basta con recrear un escenario hipotético y razonable, por lo que el informe que sustenta la demanda necesariamente ha de resultar genérico. Pero pese a esta afirmación, seguidamente el juez critica el contenido del informe del demandante sobre la base de dos circunstancias esenciales: a) por tomar como referencia los precios de otros mercados diferentes al español, sin justificación suficiente; y b) y por tomar como escenario contrafactual el comportamiento del mercado de camiones en México, sin tampoco explicar suficientemente las razones de tal decisión; en definitiva, la sentencia reprocha al informe pericial de los demandantes que no represente con la claridad necesaria el escenario hipotético de un mercado español no cartelizado. Critica también la sentencia la forma de llegar al porcentaje de incremento de precio reclamado, del 16,68%, en apariencia contradictorio, según el juez, con los datos facilitados en el propio informe. Pese a ello, la sentencia acepta la conclusión de que los incrementos de precios cartelizados en los mercados analizados, - que el dictamen proponía alternativamente-, son los expresados en el informe demandante.

13. La resolución recurrida critica también el informe de la parte demandada, que adolece, según el juez de lo mercantil, de deficiencias similares al presentado por la parte actora, en particular por el hecho de partir de la afirmación de que los acuerdos de fijación sobre precios brutos no repercuten en el precio final neto de los camiones; esta tesis se enlaza con la afirmación inicial de que, necesariamente, la fijación de precios brutos tuvo que tener el efecto de incrementar el precio de venta de los camiones fabricados por las empresas participantes en el cártel, por más que a este precio se llegue a través de un proceso de negociación individual con el adquirente. Finalmente, el juez de instancia cuestiona el hecho de que la opinión de los peritos se basara en datos facilitados por la propia demandada, datos que no habrían sido objeto de contraste ni de verificación alguna.

14. Consecuencia del rechazo del valor probatorio de los dos dictámenes, es la conclusión del juez sobre la procedencia de la estimación judicial del daño. Con invocación genérica de los criterios de valoración ofrecidos por la *Guía Práctica de la Comisión Europea*, y tras constatar que el informe demandante reproduce informes estadísticos con incrementos de precios en la horquilla entre el 8,67% y el 10,6%, la sentencia fija como perjuicio razonable el del porcentaje del 9% de sobreprecio, a consecuencia de todas las conductas imputadas a las empresas participantes en el cártel, lo que conduce a la cifra de 6.382,75 euros, más el interés legal desde el día 30.7.1999, como importe final de la condena.

Recurso de apelación formulado por la representación demandante.

15. El recurso se fundamenta sobre cinco motivos que cuestionan, respectivamente, el reconocimiento de la legitimación del demandante, la justificación del daño como consecuencia de las conductas sancionadas en la Decisión, la cuantificación del perjuicio, la estimación de la pretensión accesoria de interés, y el pronunciamiento condenatorio en costas.

16. Respecto de la legitimación del demandante, la representación de *Man* considera que la aportación con la demanda de la factura de adquisición no justifica el pago del precio ni, en consecuencia, la titularidad del vehículo, lo que debería conducir a la desestimación íntegra de la reclamación. En concreto, el recurso razona que el permiso de circulación no acredita titularidad alguna, ni mucho menos el efectivo pago del precio.

17. Como primer motivo de fondo, el recurso expone su argumento fundamental, que se sostiene sobre el razonamiento de que la condena por los comportamientos descritos en la Decisión no supone, en modo alguno, que tales conductas hubieran determinado un aumento de los precios de venta de los productos fabricados por las entidades sancionadas. El motivo reproduce los argumentos del escrito de contestación, en el sentido de que los acuerdos entre las empresas se limitaron al intercambio de información sobre precios brutos, (infracción por el objeto), sin incidencia o efecto en los precios finales o netos, y rechaza la aplicación de los argumentos seguidos en los documentos a los que hace referencia la sentencia, destacando la singularidad del proceso de formación de precios en el mercado de los camiones. Distinto el comportamiento de los mercados, no cabe, -según la tesis recurrente-, la aplicación analógica de los criterios jurisprudenciales sobre los daños *in re ipsa*, a lo que se suma la insistencia en la tesis de que la sentencia habría apreciado incorrectamente el proceso de formación de precios en el sector del mercado en cuestión, tal como habría demostrado el informe pericial de la parte demandada, en el que los compradores ni tienen en cuenta, ni conocen, los precios brutos de los vehículos a la hora de negociar el precio final.

18. El recurso se detiene en combatir el informe pericial de la actora, y sostiene que, replicando los criterios de valoración utilizados en dicho informe, los peritos de la demandada habrían alcanzado la conclusión paradójica de que el efecto del cártel habría sido una reducción del precio final, lo que excluiría el elemento de la vinculación causal entre la conducta y el daño.



19. El expositivo tercero del recurso sostiene que no resulta posible aplicar la facultad de estimación judicial del daño, pese a la insuficiencia del informe pericial de la demandante, sobre la base esencial de que los criterios de valoración de la Directiva no resultan aplicables al caso, por razones temporales. Por este motivo, rechazado el valor probatorio de aquel informe, lo procedente hubiera sido la desestimación íntegra de la demanda. Con carácter subsidiario, se sostiene que los criterios de valoración utilizados por el juez de instancia resultan contradictorios con los razonamientos seguidos para rechazar las conclusiones del informe del demandante, toda vez que la información utilizada y los porcentajes asumidos por dicho informe no resultan fiables, del mismo modo que no lo eran los utilizados para obtener el incremento del precio del 16,68% que reclamaba el demandante. Esta alegación sustenta la imputación de la falta de congruencia interna de la sentencia.

20. Respecto de la condena al pago del interés, la recurrente insiste en que no existe prueba en el caso respecto de que el actor hubiera efectivamente soportado en su patrimonio el pago del precio, a lo que se añade el carácter razonable de la oposición a la reclamación, que justificaría la decisión de que no se impusieran intereses de demora en el caso concreto.

21. Finalmente, el recurso rechaza el argumento en el que la sentencia fundamenta la imposición de costas.

Valoración de la Sala.

22. La aplicación privada del Derecho de la competencia dispensa una tutela autónoma y directa a los particulares afectados por una conducta anticompetitiva. Sus sanciones no son de carácter público, sino que revisten naturaleza de Derecho privado: ineficacia contractual y responsabilidad por daños y perjuicios. Las acciones de daños, -como se desprende de su propia denominación-, son supuestos de responsabilidad extracontractual, aunque eventualmente pueda existir un contrato entre infractor y perjudicado. Dentro de este marco general, debe resaltarse que la función normativa de la responsabilidad extracontractual no es preventiva o punitiva, sino compensatoria o resarcitoria; por ello se gradúa en función de la gravedad del daño, no de la intensidad de la infracción. En este ámbito no existe un principio de retroactividad de la ley más favorable. Finalmente, al tratarse de acciones de daños, bajo la cobertura general del art. 1902 del Código Civil, el éxito de la acción exigirá acreditar la concurrencia de los tres elementos necesarios para la puesta en marcha del mecanismo indemnizatorio: acción antijurídica, efectiva producción de un perjuicio, y vinculación causal entre el perjuicio y el daño.

Marco jurídico aplicable.

23. Resulta relevante para la resolución del recurso insistir en la precisa determinación del marco jurídico aplicable, en particular será preciso responder a la cuestión de si resulta posible aplicar la Directiva de daños, -o los principios en los que ésta se inspira-, para juzgar hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor, o para determinar los presupuestos de acciones de daños consecutivas a la Decisión, adoptada durante el período de transposición de la Directiva. El problema fundamental, como se verá, afectará a la posibilidad de aplicar la presunción del art. 76 LDC, que es transposición del art. 17.2 de la Directiva, y la facultad de estimación judicial del perjuicio, del art. 17.1 de la Directiva, recogida en el art. 17.2 de la norma nacional.

24. El art. 22 de la Directiva regula las relaciones de derecho intertemporal a partir de la diferenciación entre normas sustantivas y normas procesales. Respecto de las primeras, se dispone que los Estados miembros deberán asegurarse de que las normas internas de transposición no apliquen retroactivamente las disposiciones materiales de la Directiva; en cambio, respecto de las disposiciones que regulen aspectos procesales, el art. 22.2 faculta a los Estados miembros para permitir que la Directiva resulte de aplicación a acciones de daños ejercitadas con anterioridad a su entrada en vigor. En interpretación de dicho precepto, la STJ de 28 de marzo de 2019, C-637/17, ha entendido que si los Estados miembros, en sus leyes internas de transposición, no han previsto expresamente que las disposiciones procesales de la Directiva sean aplicables a las acciones ejercitadas después de su entrada en vigor, pero antes de la finalización del plazo de transposición de la Directiva, dichas acciones se regirán exclusivamente por la legislación procesal nacional previgente. La Disposición Transitoria 1ª del RDL 9/2017 estableció que las normas de su art. 3 (las que reformaron la LDC) carecían de efecto retroactivo, sin distinción entre normas sustantivas y procesales.

25. En consecuencia, por el juego de la aplicación de las normas de Derecho transitorio cabe diferenciar entre diversas situaciones, lo que resulta relevante a la hora de determinar el marco jurídico aplicable. Así, cabría distinguir: a) acciones de daños anteriores a la fecha de entrada en vigor de la Directiva (a los veinte días de su publicación en el DOUE: el 5.12.14); b) acciones ejercitadas después de la entrada en vigor, pero anteriores a la finalización de la fecha de transposición (el 27.12.16, según se art. 21.1); y c) acciones ejercitadas tras la finalización del plazo de transposición, pero antes de la entrada en vigor de las leyes nacionales de transposición (en el caso de España, el 27.5.17, fecha de entrada en vigor del RDL 9/2017).



26. Téngase en cuenta que la referencia temporal no debe hacerse a la fecha en que se produjeron los hechos (en el caso, durante la vigencia del cártel), ni tampoco a la fecha de la interposición de la demanda, (el 27.3.19), sino a la fecha de la Decisión (el 19 de julio de 2016), pues ella es la que da nacimiento a la acción de daños consecutiva. Por tanto, en el caso, se opera dentro del escenario descrito en el apartado b), cuando la Directiva se encontraba en período de transposición, período durante el cual, se repite, no resultaba posible la aplicación retroactiva de sus normas procesales ni sustantivas. En consecuencia, en el caso de España, ni las disposiciones sustantivas ni procesales de la Directiva pueden aplicarse retroactivamente, tampoco a acciones ejercitadas durante el plazo de transposición (el 27 de diciembre de 2016).

27. Ninguno de los principios de Derecho comunitario atinentes a la aplicación de las Directivas puede resultar de aplicación al caso, porque la acción de daños ejercitada queda fuera de su ámbito de aplicación. Tampoco, por tanto, el principio de interpretación conforme de la Directiva, que exige el respeto al principio de irretroactividad de las normas. El principio de interpretación conforme tiene como finalidad asegurar la vigencia del Derecho comunitario, evitando que la transposición tardía de las Directivas frustre la finalidad de la norma y la aplicación de los principios de la primacía y del efecto directo del Derecho de la Unión. No obstante, en interpretación jurisprudencial (cfr. SSTJ 8.10.1987 y 4.7.2016), el principio de interpretación conforme permite a los tribunales interpretar el ordenamiento jurídico nacional desde el momento de la entrada en vigor de una directiva, " *de manera tan amplia que permita llegar a un resultado compatible con el objetivo perseguido por ésta*". Sin embargo, en el caso el principio de interpretación conforme no puede fundamentar la decisión del litigio, toda vez que la Directiva no se encontraba en vigor, -ni sus normas sustantivas, ni sus normas procesales-, en el período considerado: entre su publicación y la finalización del plazo de transposición. Con todo, debe advertirse que el repetido principio de interpretación conforme tiene un campo de actuación muy limitado en el supuesto, -como aquí sucede-, de que el ordenamiento nacional en cuestión no se aparte de los fines generales explicitados en las normas comunitarias. Como se verá, consideramos que ésta es la situación del ordenamiento español en el escenario anterior a la entrada en vigor de la Directiva.

28. En consecuencia, y por lo que se refiere al concreto problema planteado, el hecho de que no encuentren aplicación directa los principios de interpretación de las directivas, no impide que las normas nacionales aplicables al caso por razones temporales no permitan, -en los dos singulares aspectos que se plantean en el recurso: realidad del daño y cuantificación-, razonar en la forma que lo hace la sentencia de primera instancia. Como señalamos anteriormente, 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.

29. En definitiva, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, la presunción de la causación del daño a consecuencia de la conducta colusiva de los cárteles, y la posibilidad de la estimación judicial del daño en los casos de dificultad probatoria para su cuantificación, son principios plenamente vigentes en la interpretación del art. 1902 en el contexto de las acciones de daños, por las siguientes razones:

a) porque a ellos se llega desde 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; normas que reconocían ya el derecho al pleno resarcimiento de los perjudicados por los perjuicios sufridos por infracciones del Derecho de la competencia;

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, ni en forma menos efectiva de la que resulte en el enjuiciamiento de demandas similares en el Derecho nacional;

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 de interpretación de las normas por parte del Derecho interno. La *Guía Práctica*, con cita del informe *Oxera*, reitera que estudios empíricos han demostrado que en el 93% de los casos examinados los cáteles 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.

e) 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);

f) 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, 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;

g) 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.

La legitimación activa

30. Con estimación parcial de la excepción, la sentencia ha proclamado la legitimación activa de la persona física demandante, Sr. Artemio , como adquirente del camión, y ha rechazado la legitimación de la sociedad Transportes Gallegos Petroquímicos, S.L. La demanda fundamentaba la legitimación en la condición del primero como adquirente del camión, y la segunda como titular del vehículo, y aportaba la factura de adquisición y la ficha técnica correspondiente. La sentencia considera esta documentación suficientemente acreditativa de la legitimación activa por razón de la antigüedad del hecho de la compraventa (más de 18 años), y la dificultad probatoria que esta circunstancia supone para lograr una justificación fehaciente de la titularidad del vehículo. Se sostiene también en la sentencia que aquellos documentos no se han visto impugnados en su autenticidad y que si la demandada cuestionaba que efectivamente se hubiera abonado el precio, debió articular prueba para acreditarlo.

31. Sin embargo, la sentencia rechaza la legitimación de la sociedad codemandante, en pronunciamiento que llega consentido a esta alzada. El juez reitera que la factura acredita la compra del camión por el Sr. Artemio es lo que legitima para reclamar el daño, con independencia de que la titularidad del camión hubiera sido transferida, por algún título, a la empresa codemandante.

32. La recurrente insiste en rechazar la legitimación de ambos demandantes. El recurso subraya la insuficiencia probatoria de la factura, en insiste en la falta de prueba del hecho del pago del precio al concesionario vendedor. La apelante sostiene que el documento expedido por la Dirección General de Tráfico carece de eficacia probatoria en tal sentido, y rechaza el argumento de la sentencia de que el transcurso del tiempo exonere al actor de mayores esfuerzos probatorios, en carga que inequívocamente correspondía a la parte demandante.

33. No compartimos el razonamiento de la recurrente. Es cierto que el caso presenta dificultades, frente a otros supuestos de los que están conociendo los órganos judiciales en relación con hechos similares, pues accionándose sobre la base de la compraventa de un camión afectado supuestamente por un precio cartelizado, la demanda se presentaba por dos personas, sin una precisa identificación del título legitimador. Pero desestimada la legitimación de la persona jurídica que figura administrativamente como titular del camión, lo que se somete a nuestro análisis es si el actor, persona física, con la sola aportación de una factura de compra, está legitimado en la acción de daños. Y creemos que la respuesta a la cuestión debe ser positiva, en línea con lo que ha razonado el juez de instancia. Supuesto que la legitimación, ordinariamente, corresponderá en la acción de daños a quién ha sufrido el perjuicio, si éste ha consistido en el pago de un sobreprecio es claro que el legitimado primario será quien adquirió el vehículo por compraventa. En el caso, para acreditar tal hecho, en ausencia de un contrato escrito, se acude a un medio indirecto consistente en la aportación de la factura de compra; documento de aparente antigüedad, que además incorpora un sello en el que se apunta a su registro contable (vid. documento 2 de la demanda). Las facturas, como de sobra es sabido, son documentos privados confeccionados unilateralmente por el prestador del servicio o por el vendedor en la compraventa, de manera que por sí solas carecen de fehaciencia probatoria, ni siquiera cuando



cumplen con todos los requisitos fiscales. Su valoración debe realizarse con arreglo a las reglas de la sana crítica, en el contexto del conjunto de las pruebas aportadas; negada su autenticidad, la parte proponente deberá acudir a medios de prueba complementarios para acreditar la realidad del servicio o de la prestación facturada y su importe, como por ejemplo la declaración de testigos, la constancia documental en las cuentas anuales, etc. Ni siquiera ante la Administración tributaria las facturas constituyen medio privilegiado de prueba, habiendo clarificado la reforma operada por la Ley 34/15 en el art. 106 LGT, último párrafo, la exigencia de que el obligado tributario aporte pruebas sobre la realidad de las operaciones facturadas. Pero, precisamente, estas circunstancias periféricas nos llevan en el caso a entender acreditada la legitimación. El tiempo transcurrido desde la supuesta causación del perjuicio hasta que la acción pudo ser ejercitada, -con el dictado de la decisión sancionadora de la Comisión-, dificultaba extraordinariamente la prueba de la legitimación, en particular a las personas físicas, por circunstancias absolutamente ajenas a su voluntad. Como aprecia la sentencia, no existía obligación legal alguna de custodia documental durante tan largo período, y habiéndose producido la compraventa en enero de 1997, al actor se le situaba ante un escenario de extraordinaria dificultad probatoria a la hora de presentar su demanda, en marzo de 2019. Pese a ello, el actor consiguió aportar una factura de compra y la documentación administrativa acreditativa de la titularidad del vehículo, y estos dos documentos constataban legitimaciones excluyentes o alternativas: o el legitimado era el titular administrativo o lo era quien compró el camión. Y en esta disyuntiva consideramos que la sentencia resuelve acertadamente la cuestión, cuando incide en el argumento de que el hecho legitimador para el ejercicio de la acción es el pago del precio, -se reclama el perjuicio sufrido por su artificiosa elevación-, por lo que la factura se convierte en el documento esencial en ausencia de otros más precisos, -ausencia razonable, justificada por las circunstancias del caso-, mientras que la titularidad administrativa resulta a estos efectos irrelevante. Y frente a ello, la sola negativa de la demandada, de aceptar la legitimación de ambas actoras sin aportar ningún indicio sobre la falta de veracidad de los documentos, nos resulta insuficiente. En definitiva, en un contexto de dificultad probatoria, al que la persona física demandante resultaba por completo ajena, no resulta admisible a la sociedad que ha participado en un cártel durante 14 años que, escudándose en esta situación por ella creada, simplemente rechazar la legitimación sobre la base de una supuesta falta de fehaciencia documental sobre la adquisición del vehículo. Se desestima el motivo.

La prueba del daño

34. La coordinación entre el aspecto privado del Derecho de la competencia y su tradicional vertiente pública, exige determinar las relaciones entre las decisiones sancionadoras impuestas por las autoridades de competencia, comunitarias y nacionales, y los presupuestos de las acciones privadas de daños. Esta cuestión se encuentra hoy expresamente regulada en el art. 75 de la LDC, en línea con lo previsto en el art. 9 de la Directiva, y en el art. 16 del Reglamento 1/2003, que recoge el criterio que había establecido el TJ en la sentencia de 14 de diciembre de 2000, (C-344/98). Con independencia de lo dicho más arriba sobre la posibilidad de la aplicación al caso de la Directiva y de la ley española de transposición, no existen dudas sobre el carácter vinculante del contenido de la Decisión respecto de la descripción de las conductas imputadas a las empresas sancionadas, y sobre la calificación de tales conductas como violaciones del Derecho europeo de la competencia. Como se verá, la cuestión no es tan sencilla como estas premisas iniciales aparentan demostrar, desde el momento que la Decisión no se conoce en su integridad, al encontrarse disponible tan solo un resumen de 33 páginas en idioma inglés, permaneciendo oculto el resto del documento por razones de confidencialidad.

35. Desde esta consideración, partiremos, por tanto, -como las partes asumen en sus escritos de alegaciones-, de los hechos descritos en la Decisión de 19 de julio de 2016, que fueron calificados como infracción del art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del art. 53 del Acuerdo EEE. La versión inglesa de la Decisión es la única versión auténtica, pero la Comisión publicó también un escueto resumen de su contenido en idioma español, que recoge la siguiente relación de hechos:

"Los productos afectados por la infracción son los camiones con un peso de entre 6 y 16 toneladas (en lo sucesivo, «camiones medios») y los camiones de más de 16 toneladas («camiones pesados»), tanto camiones rígidos como cabezas tractoras (en lo sucesivo, los camiones medios y pesados se denominan conjuntamente «camiones»). (1) El asunto no se refiere al servicio posventa, otros servicios y garantías de los camiones, la venta de camiones de segunda mano ni ningún otro bien ni servicio.

9) La infracción consistió en acuerdos colusorios sobre la fijación de precios y los incrementos de los precios brutos de los camiones en el EEE; y el calendario y la repercusión de los costes para la introducción de tecnologías de emisiones en el caso de los camiones medios y pesados exigida por las normas EURO 3 a 6. Las centrales de los destinatarios participaron directamente en la discusión sobre los precios, los incrementos de precios y la introducción de nuevas normas de emisiones hasta 2004. Al menos desde agosto de 2002, se mantuvieron



conversaciones a través de filiales alemanas que, en diversos grados, informaron a sus centrales. El intercambio tuvo lugar tanto a nivel multilateral como bilateral.

10) Estos acuerdos colusorios incluyeron acuerdos o prácticas concertadas sobre la fijación de precios y los aumentos de precios brutos con el fin de alinear los precios brutos en el EEE y el calendario y la repercusión de costes para la introducción de las tecnologías de emisiones exigida por las normas EURO 3 a 6.

11) La infracción abarcó la totalidad del EEE y duró desde el 17 de enero de 1997 hasta el 18 de enero de 2011."

36. La conducta sancionada consistió, por tanto, 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. Pero como sostiene la parte apelante, 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. La determinación de la existencia misma del daño constituye, por tanto, el primer presupuesto para el éxito de la acción, y el núcleo principal del objeto del proceso. Como se ve, se confunden aquí los dos planos del análisis: el de la existencia misma del daño, y el de la vinculación causal entre la conducta sancionada y el daño reclamado.

37. El apartado cuarto de la demanda afirmaba como indiscutible la realidad del daño en virtud de la " *decisión de la comisión y la actitud aquiescente de las empresas...*"; a ello añadía la invocación de la presunción del art. 76.3 de la LDC, introducido por el RDL 9/2017 (" *se presumirá que las infracciones calificadas como cártel causan daños y perjuicios, salvo prueba en contrario*"). La fundamentación jurídica del escrito rector del proceso reforzaba el argumento con la cita del art. 17.2 de la Directiva, y con la afirmación de que, según el TS, en su STS 7.11.2013 (*cártel del azúcar*), toda infracción del Derecho de la competencia que se proyecte sobre los precios determina necesariamente un daño, derivado del pago de un precio superior al que resultaría del juego libre del mercado. Esta afirmación servía de base para la alegación, -luego no sostenida a lo largo de la demanda, ni concretada en la pretensión final-, de que el daño no sólo consistió en la pérdida patrimonial derivada del sobreprecio, sino que también concurrió un daño representado por la pérdida de competitividad en la actividad empresarial del demandante, así como un daño reputacional (vid. folio 18 de la demanda, último párrafo). También se extractaba parcialmente una sentencia dictada por un juzgado de lo mercantil de Valencia en la misma línea de razonamiento.

38. La sentencia objeto de recurso afirma la existencia del daño como necesariamente derivado de la Decisión. El fundamento jurídico cuarto 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 sobreprecios; también razona el juez que, 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, 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. Finalmente se razona que el precio final, 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 concurrir libremente en el mercado.

39. El recurrente afirma que la conducta sancionada no es equiparable a las analizadas en el informe Oxera, ni tampoco es comparable con la conducta juzgada por el TS en el cártel del azúcar, sino que constituyó una infracción por el objeto, consistente en un intercambio de información que hizo más transparente el mercado, pero que ello no supuso afectación de los precios netos de venta al público de los camiones. El recurso insiste en la tesis sostenida en el escrito de contestación, -refrendada por el informe pericial aportado más tarde por la parte-, sobre las peculiaridades del sistema de formación de precios, y las singularidades de todo orden propias del mercado de esta clase de productos. La tesis del recurso, en realidad, se fundamenta en el razonamiento expuesto en las secciones 4, 5 y 6 del informe pericial de *Compass Lexecon*, que intenta convencer sobre la afirmación de que, desde una perspectiva económica, un mero intercambio de información sobre precios brutos no determina un aumento de los precios finales.

40. El informe pericial de la demandada desarrolla su propia hipótesis de partida, sobre la base de recrear un comportamiento implícitamente coordinado, que contrapone a la conducta, -más lesiva desde el punto de vista competitivo-, de una coordinación explícita de precios. Según la tesis de los peritos, las particularidades del mercado de camiones hacen que no existan en él las condiciones necesarias para la existencia de un " *comportamiento coordinado estable*" entre los competidores. Sin embargo, todo el contenido de esta sección 4 del informe nos parece sobreabundante, porque recrea un escenario diferente a aquél del que necesariamente tenemos que partir en el litigio, que es el definido en la Decisión. Por numerosas que sean las dificultades



que el mercado de camiones opone a la existencia de prácticas concertadas entre competidores, lo cierto es que las empresas integrantes del cártel llevaron a cabo durante catorce años intercambios de información sobre precios brutos, y sobre fijación de precios brutos. Estas características del mercado 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. 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, por lo que la transparencia del mercado a la que alude el informe pericial 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 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).

41. 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).

42. A partir de aquí, razonar que los intercambios de información, y el normal alineamiento de precios que necesariamente tuvo que producirse, constituyen comportamientos inocuos para la formación de los precios finales, sin repercusión alguna, por tanto, para el consumidor final, constituye un desafío lógico notable, que no estamos en condiciones de aceptar. Pese a que no aceptamos el argumento, sostenido por la representación demandante, de que la sentencia TJ de 29 de julio de 2019, C-451/18, asuma la realidad del daño, (ante la evidencia de que lo que dicha sentencia resuelve es la interpretación de los fueros de competencia internacional, por lo que la constatación del daño es forzosamente hipotética, a partir exclusivamente de los hechos alegados por los demandantes), consideramos que no resulta necesario justificar la presunción en la existencia de una regla positiva que, precisamente, establezca que las conductas cartelizadas causan daños. Dicha regla, por más que no resulte directamente aplicable, no es 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, entre otros muchos que cita el dictamen demandante) y constatada por el TJ y por el TS. Es cierto que no es lo mismo un cártel de insumos o de materias primas, que un cártel de productos que incorporen una intensa actividad de elaboración, de tecnología, y de transformación, y que el mercado de camiones es un mercado distinto al del azúcar, o al de otros productos, de la clase que sean. Pero presumir que la mayor transparencia en el mercado, -insistimos, en un mercado caracterizado por la transparencia-, mediante el intercambio 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. De la misma forma, intentar convencer de que la determinación de los precios brutos no tiene relevancia en la fijación del precio neto final al consumidor, exigía unas dotes de persuasión que, -debemos decir-, el recurso no ha alcanzado. Las razones que expone la sentencia recurrida 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. Prueba de ello es que en la misma línea de razonamiento se han movido la práctica totalidad de las resoluciones judiciales dictadas hasta el momento en toda la geografía española. 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.

43. El precio resultante de la negociación individual, al que se llega a través de todas las variables que se quieran identificar (el elevado grado de individualidad de los productos, en el que insiste el dictamen, no nos parece relevante, cuando quedó probado que se intercambiaba también información sobre los sistemas de configuración de los diversos elementos), tiene que basarse necesariamente en un precio bruto, del que se parte, o 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. Que esta posibilidad, -que las subidas de precios brutos inciden en un aumento del precio final-, es un efecto natural en el mercado, lo asume la teoría económica, como explicita el apartado 6 del informe pericial de la demandada, y consideramos que los elementos diferenciadores en los que insiste el dictamen carecen de convicción: el hecho de que el precio



bruto tenga que ser conocido por los clientes no nos parece relevante para el efecto que se analiza, y el hecho de que el precio de los camiones sea relativamente alto, tampoco nos parece que constituya un aserto capaz de destruir la hipótesis anterior. Finalmente, la evolución de los descuentos, -que los peritos asumen a partir de los datos aportados por la demandada, en conclusión que forzosamente debe cuestionarse en un litigio en el que los actores no han tenido acceso a la misma fuente de prueba-, tampoco nos parece que desmienta la presunción de que el precio final se ve determinado 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, pues cuanto más alto sea el precio bruto de salida, mayor margen de maniobra existe en la negociación para el fabricante. Es esta una cuestión que podrá afectar a la concreta cuantificación del daño, pero no destruye la presunción de que el precio final se vio incrementado por las conductas anticompetitivas, y que, si no hubiera sido por el cártel, los precios de los camiones en destino hubieran sido inferiores.

Cuantificación del perjuicio.

44. 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. Precisamente el entendimiento de que el principio de efectividad, y la necesidad de incrementar la seguridad jurídica, se veían comprometidos, es por lo que se estimó conveniente la difusión, con carácter indicativo, antes de la Directiva, de los principales métodos y técnicas para cuantificar el perjuicio, según expresa la *Comunicación de la Comisión* de 13.6.2013.

45. Para cuantificar el perjuicio se ha contado en el pleito con dos informes periciales, como ha quedado dicho. El juez de lo mercantil ha desechado ambos informes, tras un estudio exhaustivo de su contenido; sin embargo, pese a rechazar el sistema de cuantificación propuesto por el dictamen aportado por el demandante, (que concluía con una estimación del incremento del precio en un 16,68%), la sentencia vuelve a él, -con el razonamiento de que "... en el informe pericial de la demandante se constatan datos de incremento de precios derivados de estadísticas de las que no hay motivo para dudar, que van desde el 8,67% al 10,6%, según se usen los modelos de comparación o uno no comparativo..."-, y toma una cifra medida de incremento del 9%, bajo el amparo de la facultad judicial de cuantificación del daño, y con invocación de los criterios de la repetida *Guía Práctica*. Si bien se miran las cosas, el razonamiento judicial no prescinde de la opinión de los técnicos, sino que reinterpreta el dictamen, y obtiene de él el fundamento de la fijación del sobreprecio; por tanto, es ésta una razón más que descarta la crítica del apelante sobre la imposibilidad de aplicar la facultad de valoración judicial del daño en supuestos de insuficiencia probatoria.

46. Ya hemos señalado que la fijación judicial del daño, ante las dificultades probatorias de su exacta cuantificación, no resulta ajena al sistema del art. 1902, ni supone que el juez se arrogue facultades exorbitantes. Por tanto, las quejas del recurrente sobre la vulneración del art. 217 procesal no las compartimos.

47. El recurso de apelación imputa a la sentencia el incurrir en un vicio de incongruencia interna, vulnerador del art. 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El motivo parte de los argumentos del juez que rechazaron los criterios de cuantificación del perjuicio del informe pericial demandante, y sostiene que resultan contradictorios con el sistema finalmente seguido para cuantificar el daño, que a la postre se toma de los mismos criterios, afectados de idénticos vicios, que el juez acababa de rechazar. El argumento, aunque en apariencia se limita a denunciar un vicio interno de la sentencia, nos sitúa ante la necesidad de valorar de nuevo el material probatorio, pues en realidad lo que se discute en la alzada es la exacta cuantificación del perjuicio. Tarea, -ya lo hemos dicho-, de extraordinaria complejidad, que debe partir de la valoración, con arreglo a las reglas de la sana crítica, de las opiniones de los peritos, actividad que asumimos en esta alzada con plena jurisdicción. El objetivo de tal tarea debe partir de la recreación de un escenario hipotético en el sector considerado, como si el mercado no hubiera resultado afectado por la infracción, con la finalidad de lograr una íntegra reparación del daño.

48. Por tanto, desde esta perspectiva, y con constante invocación de los criterios de la *Guía Práctica*, (el dictamen se explaya en ilustrar sobre los diversos métodos teóricamente aplicables), el informe pericial de los demandantes se proponía recrear el escenario del mercado de camiones en el período afectado por el cártel, en relación con la evolución que debieron haber seguido los precios brutos si éste no hubiera existido, proponiendo en primer término un método comparativo de índices anidados. La explicación del método parte de la afirmación de que, como quiera que los precios brutos son de imposible acceso, (al estar exclusivamente a disposición de los correspondientes fabricantes), debe acudir a índices paralelos de precios anidados: el índice de precios industriales para camiones (IPRIs, en adelante), que sí resulta público en algunos Estados miembros, no así en España. En particular, el dictamen opta por los IPRIs de Alemania y de Holanda, como mercados relevantes de comparación. Y desde esta perspectiva, se compara la evolución del IPRI durante el



período del cártel con el IPRI en períodos posteriores; y a ello se añaden otros dos índices complementarios: a) el estudio de la evolución de los precios unitarios de dos de las empresas integrantes del cártel, *Volvo* y *Scania* (elegidas, según se dice, por facilitar datos segregados para camiones; el índice obtiene los precios medios en relación con el número de camiones vendidos en el período analizado, y la facturación declarada a consecuencia de dicha actividad); y b) el denominado índice PRODCOM (índice comunitario, en particular respecto de camiones de 5 y 20 toneladas, del que se dice obtenerse el valor de producción y el número de unidades producidas), publicado por Eurostat. Con esta información se conforma el autodenominado índice IGLOBAL, -luego corregido para obtener el denominado IGLOBALA-, a partir del cual, y por comparación con la evolución del previo IPRI, los peritos calculan el sobrecoste en el citado 16,68%.

49. Seguidamente el informe demandante propone hasta tres porcentajes diferentes: del 9,85%, 10,60%, y 8,67%, a los que llega por diversos métodos. El primer porcentaje se obtiene por la comparación de los índices anteriores de Alemania y Holanda, con los de México (modelo de "diferencias en diferencias"); el segundo porcentaje es la conclusión del método de comparación de la evolución del precio de los camiones con los precios del conjunto de los vehículos de motor también en dichos países; y el tercer porcentaje del 8,67%, se propone como resultado de un método econométrico, que reflejaría la evolución del mercado de camiones con posterioridad al cártel, si se hubiese mantenido el efecto de la infracción del incremento de precios brutos. Estos índices, como se ha dicho, son los que ha considerado el juez de primer grado para obtener el promedio del 9%.

50. El recurso de apelación cuestiona cada uno de los métodos propuestos en el informe de parte. Aunque como se verá, no acompañemos a los peritos demandantes en todos sus argumentos, no compartimos las críticas del recurso, ni tampoco las de la sentencia, al hecho de que se hubiera tomado como mercado relevante el mercado de camiones en Alemania y en Holanda, pues al margen de que no existen razones sustantivas o de fondo que cuestionen tal elección, consideramos razonable la explicación respecto de la imposibilidad de recrear a estos efectos el mercado español no afectado por la infracción. Para ello hubiera sido necesario acceder a una información sumamente dispersa, -las facturas de compra de cada camión durante todo el período del cártel-, ante la ausencia de datos oficiales, lo que resulta inasequible para la parte, (valgan aquí los argumentos expuestos más arriba sobre la dificultad de acceso a esta información por el tiempo transcurrido); y tampoco vemos cómo la demandante podría conocer los precios brutos, teniendo en consideración que el cártel duró nada menos que catorce años. Sucede, en cambio, que la explicación sobre la comparabilidad de los mercados de camiones con el índice de vehículos de motor en general no la podemos considerar probada sin estudios más detallados que convengan sobre tal realidad. Tanto más cuanto que el propio informe de los demandantes dedica varias páginas a ilustrar sobre las peculiaridades intrínsecas del mercado de camiones. Prácticamente se nos pide una profesión de fe sobre una afirmación improbable, cuando la comparabilidad entre mercados exige de estudios de mayor solvencia (por ejemplo, mediante la aplicación de los criterios propuestos por la Comisión a efectos de determinación de mercados de referencia y de productos comparables en materia de competencia, de 9.12.1997). De otra parte, el informe pericial de la demandada realiza la misma comparación, operando con técnica similar, y los resultados conseguidos resultan ser notoriamente divergentes. La misma crítica erosiona la credibilidad del tercero de los métodos propuestos, de comparación del IPRI de camiones de Alemania y Holanda con la evolución del índice de todos los vehículos de motor en dichos Estados.

51. Críticas semejantes podemos hacer al método de diferencias en las diferencias, que toma como mercado comparable el de México. No ya solo la circunstancia de la crisis económica y financiera sufrida en el EEE, sino las propias características de los diferentes Estados nos hacen muy difícil aceptar que, precisamente, el mercado mejicano sea el que deba tomarse como referencia, al presentar características competitivas similares. Por lo mismo se podría haber elegido cualquier otro mercado, y probablemente se haya optado por el que mejores resultados ofrecía para el fin que propone el dictamen, que sin duda hubiera resultado más convincente si se hubiera realizado el mismo contraste con varios Estados, o si se hubiera explicado con mayor detalle el criterio de elección. Las manifestaciones del perito demandante en el acto de la vista no han servido para aclarar esta cuestión.

52. Finalmente, el método econométrico que atiende a la evolución del mercado de camiones con posterioridad al cártel, si éste se hubiera mantenido, hubiera exigido de una explicación más detallada que el mero acompañamiento de polinomios inextricables para los no versados. El método, como sostiene el recurso, no indica las fuentes de conocimiento que se han tomado para obtener el índice, y al replicar el modelo, el informe demandado obtiene un coeficiente negativo, (inasumible desde la convicción, asumida por la Sala, de que la infracción produjo daños), asumiéndose por ambas partes que el método resulta muy sensible a una pequeña alteración en sus datos. Por tanto, ninguno de los métodos propuestos nos resulta convincente para llegar a la cuantificación del perjuicio, pues ninguno recrea un escenario de comparación que nos ilustre sobre cuál hubiera sido el precio del camión en un escenario de mercado no distorsionado.



53. En esta tesitura, ya hemos dicho que resulta posible acudir a la propia valoración judicial del daño, a partir del material aportado al proceso, sin que el efecto de la desestimación de los criterios de cuantificación propuestos por el demandante deba conducir inexorablemente a la íntegra desestimación de la demanda. En este sentido, puede reprocharse a la sociedad demandada el no haber ofrecido un criterio alternativo 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, agotando prácticamente su esfuerzo probatorio en desmontar las conclusiones de la parte contraria. Si la 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 extrema onerosidad de acceso a las fuentes de prueba, que el tribunal identifique un método de valoración razonable, según resulta criterio jurisprudencial consolidado. El grado de dificultad se acrecienta si se considera que el incremento del precio neto puede no haberse producido con la misma intensidad durante toda la vigencia del cártel y, probablemente, no tuvo la misma intensidad o variación en todos los Estados integrantes del EEE.

54. Con todas las dificultades que el supuesto plantea, tomaremos los siguientes datos para llegar a una estimación del perjuicio en el porcentaje del 5%, en el ejercicio de un legítimo arbitrio judicial sobre la base del material aportado al proceso:

a. consideramos orientativamente las cifras concedidas en procesos similares, tanto en España, -en datos públicos, accesibles en la base de datos de jurisprudencia del CENDOJ-, como en otros Estados de la UE, ante idénticas conductas, en línea con lo que propone la sección 9ª de la AP de Valencia (sentencia, sección 9ª de 16.12.2019) 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. tomamos en cuenta la naturaleza de la infracción y su duración, y consideramos relevante atender a la fecha en que se produjo la adquisición del camión. El demandante compró el camión en enero del 99, cuando el cártel había comenzado sus efectos, -según la Decisión-, en enero del 97. Comparar el mercado de camiones en el período inmediatamente posterior al cártel, doce años después, resulta en el caso menos relevante que atender al escenario inmediatamente anterior, durante un período "suficientemente similar" con anterioridad al cártel, que permitiera recrear un probable escenario sin infracción. Y si bien estos datos no los obtenemos de los dictámenes aportados al caso, si nos permiten movernos en el umbral mínimo de la horquilla de porcentajes antes aludida.

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.

Intereses.

55. 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.

56. La estimación parcial del recurso justifica la exoneración a la demandada del pago de las costas procesales de la instancia y de la apelación.

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

fallAMOS

Que estimamos parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación de MAN TRUCK & BUS SE, y en su consecuencia revocamos parcialmente la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pontevedra, de fecha 16 de octubre de 2019, recaída en autos de juicio ordinario registrados bajo el número 129/2019, y en su lugar condenamos a la demandada a abonar a la actora la suma de TRES MIL QUINIENTOS CUARENTA Y CINCO EUROS CON NOVENTA Y SIETE CÉNTIMOS (3.545,97 euros), que devengarán el interés



legal desde el 30.7.1999, sin pronunciamiento en costas en ninguna de las dos instancias. Procédase a la restitución del depósito constituido.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ