



Roj: **AJM V 147/2018 - ECLI:ES:JMV:2018:147A**

Id Cendoj: **46250470032018200002**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Valencia**

Sección: **3**

Fecha: **17/12/2018**

Nº de Recurso: **309/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de apelación. Concurso de acreedores**

Ponente: **EDUARDO PASTOR MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

Juzgado Mercantil núm. 3 de Valencia

Juicio ordinario 309/18

AUTO

En Valencia, a 17 de diciembre de 2018.

Eduardo Pastor Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Llácer y Navarro S.L. ("Llácer"), domiciliada en Valencia y dedicada al transporte por carretera de mercancías, ha interpuesto una demanda de reclamación de cantidad contra AB Volvo ("Volvo") y Renault Trucks SAS ("Renault"). La actora adquirió 108 **camiones** a las demandadas durante el lapso temporal 1997-2004 y pretende la indemnización de los daños y perjuicios sufridos a resultas de la conducta cartelizada de las demandadas, que durante ese período cooperaron para la fijación de precios y transmisión de costes a sus clientes, como infracción anticompetitiva constatada y sancionada por la Comisión Europea en julio de 2016.

Segundo.- Volvo y Renault contestaron a la demanda para solicitar su desestimación. Aunque parten de la inexistencia de daño sufrido por la actora en forma de sobreprecio, entre otros argumentos que redundarían en el resultado de la desestimación invocan la *passing on defense* sobre dos extremos relevantes. El primero, que Llácer habría integrado los hipotéticos sobrecostes repercutidos por las demandadas en su propia estructura de negocio, para repetir a su vez ese sobrecoste a sus propios clientes. El segundo, que todos los **camiones** adquiridos por Llácer fueron vendidos a terceros en distintas fechas.

Tercero.- Por ese motivo, ya en su escrito de contestación Volvo y Renault solicitaron que se requiriera a la actora a fin de que aportara un amplio volumen de documentación, así como que se permitiese la emisión de un nuevo dictamen pericial sobre la base de esa documentación.

La petición documental es la siguiente:

"TERCER OTROSÍ DIGO

(...)

*- En relación con los **camiones** indicados en la demanda, aporte a los autos los siguientes documentos:*

- copia de los contratos de arrendamiento financiero en los casos en los que se hubieran suscrito.

- acreditación del ejercicio de la opción de compra bajo los contratos de arrendamiento financiero que se hubieran suscrito.

- documentos acreditativos de la venta, transmisión y baja de los vehículos citados en la demanda y acreditación de las cantidades recibidas por el demandante como consecuencia de la venta o transmisión.



- Libro diario.
- Libro de inventarios y cuentas anuales.
- Libro registro de ventas e ingresos.
- Libro registro de compras y gastos.
- Libro registro de bienes de inversión.
- Libro de facturas emitidas.
- Facturas emitidas, así como las facturas o justificantes documentales de otro tipo recibidos y los justificantes de los signos, índices o módulos aplicados.
- Declaraciones del IS.
- Declaraciones trimestrales de IVA y Resumen Anual del IVA.

Cuarto.- Las partes fueron convocadas a la celebración de audiencia previa, que tuvo lugar el día 4/12/18. Durante el acto, solicité a la demandada que reiterase su requerimiento de documentación nuevamente por escrito, con invocación concreta y aplicada al caso de las reglas de la *passing on defense*. Volvo y Renault reiteraron de este modo su petición en fecha de 12/11/18, en la forma que consta en las actuaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Estándares probatorios en acciones *follow on*.

1.- Nuestro sistema de responsabilidad extracontractual se asienta sobre la regla de indemnidad del lesionado (v. gr. STS, 1ª, 11/11/13, edificación; STS, 1ª, 25/3/10, circulación de vehículos a motor; STS, 1ª, 27/5/15, negligencia médica). Esa regla supone también el recurso a un principio propio del derecho europeo de responsabilidad civil (*European Group on Tort Law, art. 2.102, protected interests*). En virtud de este principio, el lesionado por un ilícito extracontractual merece obtener compensación de los daños sufridos hasta el extremo de verse resarcido íntegramente de la lesión sufrida.

2.- De este modo, desde un punto de vista material, esa aspiración de nuestro sistema puede verse frustrada no solo por un defecto de indemnización, sino también por un exceso de ella que ubique al lesionado en una posición cualificada respecto de la situación económica de la que disfrutaba con anterioridad a la lesión.

3.- Cuestión distinta es que el causante del daño deba soportar las consecuencias de la insuficiencia de medios probatorios para cuantificar la extensión económica de la lesión causada, por aplicación de determinadas presunciones judiciales. Los daños deben probarse con arreglo a las categorías procesales generales. Pero, precisamente desde ese último plano, el procesal, la prueba de los daños se ve facilitada por la vigencia de la regla *ex re ipsa* en todas las facetas de nuestro sistema de responsabilidad extracontractual (SSTS, 1ª, de 10 de septiembre de 2014, sobre incumplimiento contractual; de 24 de octubre de 2012, como consecuencia de la infracción de un derecho de propiedad industrial; de 8 de abril de 2014, sobre **competencia** desleal). Por esa regla puede presumirse la existencia de daños, pero nunca su cuantificación económica concreta.

4.- En esa situación, el lesionado es el obligado a la prueba de la extensión económica de los daños. Y el causante de los daños está obligado a probar la presencia de las circunstancias que puedan minorar la cuantificación económica de los daños.

5.- Entre esas últimas circunstancias, nuestro sistema admite igualmente la regla de la *compensatio lucri cum damno*. Por esta regla, "al determinar la cuantía de la indemnización deben tenerse en cuenta los beneficios que el dañado ha obtenido mediante el evento dañoso, a menos que ello sea incompatible con la finalidad del beneficio" (art. 10:103, en los mismos principios de derecho europeo de responsabilidad civil, ya citados). Pero en la aplicación práctica de esta regla debe evitarse una generalización de la solución, que suponga el desplazamiento injustificado al causante del daño de los lucros obtenidos por el lesionado (ALFARO, J., "Passing on defense y *compensatio lucri cum damno*", Derecho mercantil, 13/6/09, con análisis de la STS, 1ª, de 17 de octubre de 1998).

6.- En el caso particular de la indemnización de los daños derivados de prácticas anticompetitivas, la jurisprudencia comunitaria ha tenido igualmente la oportunidad de examinar la aplicabilidad del principio o derecho al pleno resarcimiento de forma muy anterior a la irrupción de la Directiva 2014/104/UE (Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Pleno, de 20 de septiembre de 2001, Courage, asunto C-453/99, y de la Sala Tercera, de 13 de julio de 2006, Manfredi, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04).

7.- Para los casos de aplicación privada del derecho de la **competencia**, el Tribunal Supremo ha reconocido la vigencia de todo el acervo sustantivo anterior y, respecto de la posible compensación de daños, ha querido precisar que (STS, 1ª, 7 de noviembre de 2013, Rafael Sarazá Jimena, FJ 5º):

*"Esto ha de enlazarse con el principio general del Derecho de la **competencia** de que cualquier persona tiene derecho a solicitar la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la **competencia** (sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Pleno, de 20 de septiembre de 2001, caso Courage, asunto C-453/99 , y de la Sala Tercera, de 13 de julio de 2006, caso Manfredi, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04).*

*Sentado lo anterior, para que los compradores directos no tengan derecho a ser indemnizados por este coste excesivo sería necesario probar que ese daño fue repercutido a terceros, concretamente a sus clientes (lo que en la terminología del Derecho de la **competencia** suele denominarse como mercados "aguas abajo").*

Pese a la polémica existente sobre la idoneidad de este argumento defensivo (rechazado, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 17 de junio de 1968 , Hanover Shoe Co. v. United Shoe Machinery Corp., 392 US 481 [1968]), los trabajos realizados en la Unión Europea (Libro verde, Libro blanco y propuesta de Directiva) admiten la oponibilidad de esta defensa, que ya ha sido admitida por el Tribunal de Luxemburgo en relación a la indemnización de daños y perjuicios por impuestos y cargas administrativas contrarios al Derecho comunitario.

(...)

*A falta de una regulación comunitaria específica sobre el resarcimiento de daños y perjuicios en el Derecho de la **competencia**, la cuestión ha de resolverse aplicando las normas de Derecho interno. Conforme a este, es admisible que aquel a quien se reclama una indemnización de daños y perjuicios causados por un ilícito concurrencial oponga que quien realiza la reclamación no ha sufrido daño alguno pues lo repercutió "aguas abajo". Dado que la indemnización de los daños y perjuicios derivados de una práctica restrictiva de la **competencia** responde a criterios compensatorios y que también en este campo rige el principio que veda el enriquecimiento sin causa, no es razonable que se indemnice a quien no ha sufrido daño.*

Se afirma en los trabajos realizados al respecto en la Unión Europea que la carga de la prueba de los hechos constitutivos del "passing-on" debe recaer sobre la empresa infractora, y que el nivel de la prueba para esta defensa no debería ser inferior al nivel impuesto al demandante para acreditar el daño".

8.- De este modo, la teoría compensatoria recibe un tratamiento específico en el derecho de la **competencia**, ya en su acervo jurisprudencial consolidado ya en la dicción literal de la Directiva 2014/104/UE, que ha determinado la vigente redacción de los arts. 76 y 78 LDC, aplicables para la solución del caso.

9.- La Directiva asume entre sus objetivos la exclusión de las sobreindemnizaciones, así en su considerando 39:

"El perjuicio en forma de daño emergente puede ser el resultado de la diferencia de precios entre las cuantías ya pagadas realmente y lo que se habría pagado si no se hubiera cometido una infracción. Cuando una parte perjudicada haya reducido su daño emergente repercutiéndolo, total o parcialmente, a sus propios compradores, la pérdida repercutida ya no constituye un perjuicio por el que la parte que lo repercutió deba ser resarcida. Por consiguiente, en principio conviene autorizar al infractor a que invoque la repercusión del daño emergente como defensa frente a una reclamación de daños y perjuicios. Conviene disponer que el infractor, cuando argumente la defensa basada en la repercusión de costes, deba acreditar la existencia y el grado de repercusión del sobrecoste. Esta carga de la prueba no debe menoscabar la posibilidad de que el infractor utilice pruebas distintas de las que están en su poder, como pruebas ya obtenidas en el procedimiento o pruebas en poder de otras partes o de terceros".

10.- Por todo ello, el art. 78 LDC condiciona el derecho al pleno resarcimiento respecto del sobrecoste efectivamente soportado por los perjudicados y, para la acreditación de la repetición del sobrecoste sufrido, reproduce el tratamiento procesal previsto en el art. 76 LDC respecto de la cuantificación económica de los daños, pero involucrando al demandado en la invocación y articulación probatoria de la defensa consistente en esa eventual repetición de sobrecostes sufridos por el actor. Es la *passing on defense*. Lo explica así MARCOS, F., The EU antitrust damages directive, Oxford, p. 334 y p. 338:

"(...) the Directive and the Transposition Decree are silent regarding the causality link between the infringement and the harm caused to the victim. The claimant must demonstrate that the harm is a direct consequence of the infringing action. The defendant may allege other causes for the harm but will also have the burden of proving absence of fault and of causation".



"Article 78.3 of the DCA explicitly allows for the defendant to raise the passing on defence if the claimant transferred all or part of the harm. The Spanish Supreme Court has already considered the passing-on defence in a claim for competition damages. Indeed, including this defence is a natural extension of the logic behind damages compensation, according to which actions by aggrieved parties reacting to mitigate the harm are taken into account when calculating the harm suffered by the mitigating party. Furthermore, it would be contrary to the general legal principle against unjust enrichment if the claimant were allowed to recover damages above the amount of the actual harm suffered".

Segundo.- *Ámbito posible para la passing on defense.*

11.- De lo anterior se extraen al menos dos conclusiones relevantes para el caso. La primera que, puesto que el demandado que invoca la defensa de repetición del sobreprecio se ve afectado por las mismas exigencias de carga probatoria que el actor para la cuantificación del perjuicio sufrido, debe gozar de la misma facilidad de acceso a las fuentes probatorias que obren en poder de este actor y que sean necesarias para la articulación eficaz de su defensa. La segunda, que para el cálculo del sobreprecio efectivamente sufrido por el lesionado, no es relevante considerar aquellos actos de repetición del sobreprecio sufrido que no estén causalmente conectados con el hecho generador del daño sufrido.

12.- Esa última afirmación es verdaderamente problemática. ¿Queda limitada la posibilidad de la defensa a aquellos supuestos entre los que existe una vinculación causal entre la conducta cartelizada y el acto de repetición del sobreprecio o basta con que exista una vinculación indirecta o aparente? Concretamente: ¿la repercusión relevante del sobreprecio se da únicamente en niveles inferiores de una misma cadena de suministro o basta con que el destinatario final de un producto encarezca sus costes de producción frente a sus propios clientes para que pueda invocarse esa defensa?

13.- Como hemos visto, el considerando 39 de la Directiva alude a que la parte perjudicada haya repetido el sobreprecio "a sus propios compradores", sin mencionar la identidad de productos o prestaciones, es decir, que el mecanismo también podría resultar oponible al destinatario final del producto con precio cartelizado que lo aplica a su propio proceso económico. Sin embargo, el art. 12 de la Directiva es de todo punto concluyente cuando refiere en su apartado segundo que: "los Estados miembros establecerán las disposiciones procesales adecuadas para garantizar que el resarcimiento por el daño emergente a cualquier nivel de la cadena de suministro no supere el perjuicio por el sobreprecio sufrido a ese nivel".

14.- En efecto, la Comisión Europea (*Study on the Passing-on of Overcharges*) acepta, para la construcción dogmática de la defensa, un escenario de cadena de suministro que excluye la posibilidad de invocar la defensa respecto del destinatario final del producto cartelizado que posteriormente lo aplica a su propio proceso económico, causalmente desconectado del núcleo de funcionamiento del cártel:

"22. For illustrative purpose, we will introduce the passing-on effect and the corresponding output effect by reference to Scenario 1 above, the simple vertical structure in which these effects may arise, namely one in which there are three levels to the supply chain.

-the upstream level, where the competition infringement has taken place;

-the direct purchaser level; and

-the indirect purchaser level, consisting of an end customer."

15.- De igual modo, el art. 79.1 LDC considera, en términos de legitimación, la existencia de una cadena de suministro que presente estadios inferiores hasta alcanzar al destinatario final del producto.

16.- Precisamente la respuesta es evidente cuando se abunda en ese precepto para investigar sobre las auténticas consecuencias procesales de la regulación de la *passing on defense*, que no operan tanto en el ámbito de la carga probatoria pese a que se preste más atención a ese capítulo, sino en el de la legitimación del comprador indirecto, puesto que el primer efecto de la regulación europea sobre la repercusión de sobreprecios es el de otorgar legitimación activa a los compradores indirectos del infractor en el contexto de una misma cadena de suministro (QUESADA, C., "Repercusión de sobreprecios y cuantificación del perjuicio en las acciones de daños por infracción del derecho de la **competencia**" en Derecho Europeo de compensación de los daños causados por los carteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE, Tirant lo Blanch, p. 291). Y esa solución se plasma en la redacción del art. 79.2 LDC y, también, en las reglas de coordinación que dispone el art. 80 LDC.

17.- Entonces, para la aplicación de la *passing on defense*, el actor que invoca el perjuicio debe operar en un nivel intermedio de una misma cadena de suministro o, al menos, operar en un mercado lo suficientemente próximo a aquél que resultó afectado por los efectos del cártel, de modo que sea posible la traslación del sobreprecio sufrido sin quiebra de nexo causal entre infracción y repetición.



18.- Para indagar sobre esa situación existe una pregunta muy relevante a plantear en cualquier caso: ¿existe identidad entre el producto o servicio cartelizado y aquél en el que pueda haberse materializado la repercusión del sobreprecio inicialmente sufrido? Se trata de soluciones anticipadas por tribunales europeos (SS LG Dortmund, 27/6/18 y Hannover 18/12/17). En los casos en que no pueda apreciarse esa identidad de mercados, la defensa por repetición del sobreprecio es inoperante y los requerimientos de aportación de fuentes probatorias no deben ser admitidos.

Tercero.- Estimación parcial de la petición de Volvo y Renault.

19.- Ahora es necesario regresar a la recapitulación de hechos relevantes para la solución del caso. Llácer es una empresa transportista que, para la prestación de servicios de transporte por carretera, adquirió una flota de **camiones** a Volvo y Renault. A su vez, que Llácer procedió a la reventa de esos **camiones** (bloque documental 3 contestación a la demanda).

20.- Resulta evidente que entre la prestación de servicios de transporte y la venta de **camiones**, que es el mercado cartelizado, no existe subsunción económica estricta. Y también resulta evidente que en la adquisición de cada uno de esos **camiones**, Llácer intervenía como destinatario final (aunque después tendré que matizar esta afirmación). Mientras Llácer empleó los **camiones** para desarrollar sus actividades de transporte de mercancías, tras ella no podía encontrarse ningún otro destinatario afectado por la conducta anticompetitiva de las demandadas, pues en el mercado de la venta de **camiones** no sería posible encontrar ningún otro peldaño inferior de la misma cadena de suministro, dado que Llácer no operaba en él.

21.- Es decir, en términos causales no es posible reconstruir de manera sólida y sin solución de continuidad la traslación del eventual sobreprecio sufrido por Llácer en el mercado de compraventa de **camiones** a cualquiera de sus clientes de servicios de transporte por carretera, por más que hipotéticamente Llácer determinara el precio de sus servicios de transporte considerando los costes de sostenimiento de su actividad (laborales, fiscales o por los distintos suministros necesarios para desarrollar su actividad y entre los que se incluirían la adquisición de **camiones**, entre otros muchos factores).

22.- Por este motivo no puedo aceptar la principal parte de los requerimientos probatorios de Volvo y Renault, cuando pretenden reproducir toda la estructura de costes de Llácer, porque en esos términos debo rechazar la *passing on defense*, puesto que la petición excede del ámbito posible para este mecanismo de defensa. Esa defensa no puede articularse considerando dos mercados distintos: el de la venta de **camiones** y el del transporte de mercancías por carretera. Reconstruir la estructura de costes de la actora y el eventual impacto del precio de compra de **camiones** en la fijación de sus tarifas para la prestación de servicios de transporte no es relevante para este proceso. Por eso no debo requerir a la actora para que aporte la amplia enumeración de materiales contables que las demandadas pretenden obtener.

23.- Sí puedo aceptar los requerimientos documentales relativos a determinadas condiciones de la adquisición por parte de Llácer de todos esos **camiones**: los contratos de arrendamiento financiero eventualmente suscritos. La suscripción de esos contratos determinaría dos efectos relevantes para el proceso. En primer lugar, de no haberse ejecutado las eventuales opciones de compra, podrían existir obstáculos para reconocer a Llácer legitimación activa en el ejercicio de la acción indemnizatoria. En segundo lugar, en ningún caso el coste financiero aplicado debería confundirse con el sobreprecio efectivamente aplicado por los cartelistas, por eso es razonable indagar sobre si existieron costes de la primera especie. Pero en puridad no se trata de un requerimiento documental relacionado con la defensa del *passing on*.

24.- Por el contrario, sí resulta posible aplicar ese mecanismo de defensa respecto de la posterior reventa del mismo producto a otro posible destinatario final en el mercado de **camiones**, aún cuando el objeto social de Llácer no fuera la intermediación en la compraventa de **camiones**: en esas concretas operaciones Llácer intervino directamente en el mercado de venta de **camiones**, a modo de intermediario u ostentando una posición en la cadena de suministro que no puede ser considerada como última.

25.- De este modo, cuando Volvo y Renault acreditan suficientemente que Llácer habría procedido a la venta a terceros de todos los **camiones** que adquirió durante el lapso de duración la conducta cartelizada, debo aceptar los requerimientos documentales que resulten pertinentes, útiles, proporcionados y subsidiarios para conocer las condiciones económicas de esas ventas, porque en esos términos sí es posible articular la *passing on defense*. Y la petición de Volvo y Renault satisface estos requisitos.

26.- Así, no es posible obtener de la actora todos sus materiales contables para reproducir su estructura de costes, pero sí inquirir por los contratos de venta de sus **camiones** a terceros, para conocer las condiciones económicas en las que esas ventas se produjeron, además de indagar sobre si la actora financió la adquisición originaria de los **camiones** y en qué condiciones lo hizo.

En virtud de los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,



DISPONGO

Estimo parcialmente la petición de Volvo y Renault y a su razón:

1.- Requero a la actora por plazo de diez días hábiles improrrogables a fin de que, en relación con los **camiones** indicados en la demanda, aporte a los autos los siguientes documentos:

- copia de los contratos de arrendamiento financiero en los casos en los que se hubieran suscrito.
- acreditación del ejercicio de la opción de compra bajo los contratos de arrendamiento financiero que se hubieran suscrito.
- documentos acreditativos de la venta, transmisión y baja de los vehículos citados en la demanda y acreditación de las cantidades recibidas por el demandante como consecuencia de la venta o transmisión.

2.- Cumplido el requerimiento, procedan las demandadas a realizar nueva pericial que considere la relevancia de los documentos obtenidos para la solución final del caso, para su aportación a las actuaciones con una antelación mínima de cinco días para la vista principal del juicio, si entendieren que la elaboración de esa pericial es necesaria para la defensa de sus intereses.

3.- Proceda la oficina del juzgado a señalar día para la celebración de vista principal, para la práctica de los medios de prueba admitidos durante la celebración del acto de audiencia previa y los que han sido admitidos en esta resolución.

Frente a la presente cabe interponer recurso de reposición en el plazo de cinco días desde su notificación.

Notifíquese.

Acuerdo, mando y firma.