



Roj: **SJM V 222/2019 - ECLI:ES:JMV:2019:222**

Id Cendoj: **46250470032019100007**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Valencia**

Sección: **3**

Fecha: **07/05/2019**

Nº de Recurso: **338/2018**

Nº de Resolución:

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

Ponente: **EDUARDO PASTOR MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Juzgado Mercantil núm. 3 de Valencia

Juicio ordinario 338/18

SENTENCIA núm. /2019

En Valencia, a 7 de mayo de 2019.

Eduardo Pastor Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La representación procesal del Sr. Juan Antonio formuló, en fecha de 6/4/18, demanda de juicio ordinario contra Distribuidora de Vehículos Divesa S.L. ("Divesa") y Mercedes-Benz Trucks España S.L. ("Mercedes España"). Tras la alegación de los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente ofrecer, concluyó suplicando:

"(...) Declare:

1.- *La nulidad del precio de compraventa abonado, debiendo declararse que el precio que debió haber abonado mi mandante ascendería a la cantidad de 7.468'05 euros.*

2.- *La condena al pago a mi mandante de la cuantía de 25.931'95 euros de principal correspondiente al importe pagado en exceso por la compra del vehículo- camión, más intereses y costas".*

Las alegaciones de la parte actora, en cuanto relevantes para la delimitación del objeto del proceso, pueden resumirse así:

1.- El Sr. Juan Antonio adquirió un camión Mercedes, modelo Actros 148-LS, número de bastidor NUM000 , en fecha de 30/10/18, por precio de 104.400 euros (doc. 2 actor).

2.- La demandada se coordinó con otras cinco compañías europeas fabricantes de camiones, entre 1997 y 2011, para establecer precios de venta y retrasar la introducción en el mercado de nuevas tecnologías, como infracción anticompetitiva apreciada por la Comisión Europea en fecha de 19/7/16. La infracción consistió en la fijación e incremento de los precios brutos de los camiones y la repercusión de los costes para la introducción de las nuevas tecnologías de control de emisiones contaminantes.

3.- Esa conducta afectó al camión adquirido por el Sr. Juan Antonio , que reclama los daños y perjuicios sufridos en forma de sobreprecio, tal y como se cuantifican en el dictamen pericial que acompaña a la demanda (doc. 4 actor).

Segundo.- Divesa contestó a la demanda en fecha de 13/11/18, para solicitar su desestimación y condena de la actora al pago de las costas procesales.

Como argumento de desestimación, Divesa afirma que no es destinataria de la Decisión de la Comisión Europea y que, por ello, no ostenta legitimación pasiva en el proceso.



Tercero.- Mercedes España contestó a la demanda en fecha de 19/11/18, para solicitar su desestimación e imposición de costas a la parte actora.

Los argumentos de esta parte demandada, en cuanto relevantes para delimitar el objeto del proceso, pueden resumirse así:

1.- La única sociedad del grupo Daimler responsable de la conducta sancionada es Daimler AG ("Daimler"). La Decisión no concluye que ninguna otra compañía del grupo haya participado en la infracción que sanciona. Mercedes España, filial de Daimler, carece de legitimación pasiva para soportar la acción ejercitada (pp. 5, 8-11, 37-41).

2.- La Decisión no constata la existencia de una conducta de la que se desprenda la afectación de los precios de los camiones vendidos en España (pp. 11-13). Por el contrario, la conducta sancionada estribó en intercambio de información sobre los precios de lista brutos y en prácticas colusorias relacionadas con los plazos de introducción y la repercusión de los costes de las nuevas tecnologías de emisiones. Las condiciones del mercado de venta de camiones no permitirían un tipo de colusión distinta (pp. 14-26). La prueba pericial elaborada por E.CA Economics reafirma esta conclusión.

3.- La acción que ejercita la actora es de naturaleza extracontractual, sin que resulten aplicables las normas sustantivas incorporadas a la LDC tras la trasposición de la Directiva de daños (pp. 43-46). Esa acción está prescrita, debiendo fijarse el *dies a quo* el día 19/7/16, siendo irrelevante el acto de interrupción de la prescripción realizado por la actora (pp. 47-51). A su vez, de la demanda no resultan los elementos de responsabilidad propios del régimen jurídico aplicable a la solución del caso (pp. 51-69).

4.- La parte actora no acredita haber sufrido el daño que reclama, siendo que su dictamen pericial adolece de carencias graves (pp. 26-34). La estimación de daño realizada por la parte actora incluye indebidamente el IVA pagado por el camión y otros conceptos redundantes (p. 35).

5.- Cualquier daño eventualmente sufrido por la demandante habría sido objeto de transmisión a sus propios clientes (pp. 34-35, 69-70).

Quinto.- Las partes fueron convocadas para la celebración de audiencia previa. Llegado el día previsto y con asistencia de todas ellas, fueron agotadas las finalidades del acto y se señaló la celebración de vista principal para el día 25/4/19. Durante la celebración del acto de audiencia previa, la actora precisó que ejercita una acción *follow on* y no otra de naturaleza contractual.

Sexto.- Llegado el día de la vista principal, se practicó la reproducción de la prueba documental y la crítica oral de los dictámenes aportados por la parte actora (Sr. Ceferino) y la codemandada Mercedes España (Sra. Evaristo). Durante el trámite de conclusiones, la codemandada Divesa renunció a la imposición de costas procesales en caso de desestimación de la demanda. Después, quedaron los autos vistos para resolver.

HECHOS PROBADOS

La valoración de las alegaciones de las partes y de su esfuerzo probatorio permite establecer, como acreditados en la instancia y relevantes para la solución del caso, la siguiente relación de hechos probados:

1.- Mediante Decisión de 19 de julio de 2016, la Comisión Europea constató y sancionó la siguiente conducta anticompetitiva (solo la versión inglesa es auténtica):

"(...) HAS ADOPTED THIS DECISION:

Article 1

By colluding on pricing and gross price increases in the EEA for medium and heavy trucks; and the timing and the passing on of costs for the introduction of emission technologies for medium and heavy trucks required by EURO 3 to 6 standards, the following undertakings infringed Article 101 TFEU and Article 53 of the EEA Agreement during the periods indicated:

(a) MAN SE, from 17 January 1997 until 20 September 2010; MAN Truck & Bus AG, from 17 January 1997 until 20 September 2010; MAN Truck & Bus Deutschland GmbH, from 3 May 2004 until 20 September 2010

(b) AB Volvo (publ), from 17 January 1997 until 18 January 2011; Volvo Lastvagnar AB, from 17 January 1997 until 18 January 2011; Volvo Group Trucks Central Europe GmbH, from 20 January 2004 until 18 January 2011; Renault Trucks SAS, from 17 January 1997 until 18 January 2011

(c) Daimler AG, from 17 January 1997 until 18 January 2011



(d) Fiat Chrysler Automobiles N.V., from 17 January 1997 until 31 December 2010; CNH Industrial N.V., from 1 January 2011 until 18 January 2011; Iveco S.p.A., from 17 January 1997 until 18 January 2011; Iveco Magirus AG, from 26 June 2001 until 18 January 2011;

(e) PACCAR Inc., from 17 January 1997 until 18 January 2011; DAF Trucks N.V., from 17 January 1997 until 18 January 2011; DAF Trucks Deutschland GmbH, from 20 January 2004 until 18 January 2011

Article 2

For the infringement referred to in Article 1, the following fines are imposed:

(a) EUR 0 jointly and severally on MAN SE, MAN Truck & Bus AG and MAN Truck & Bus Deutschland GmbH

(b) EUR 670 448 000 jointly and severally on AB Volvo (publ), Volvo Lastvagnar AB and Renault Trucks SAS of which, Volvo Group Trucks Central Europe GmbH is held jointly and severally responsible for the amount of EUR 468 855 017.

(c) EUR 1 008 766 000 on Daimler AG.

(d) EUR 494 606 000 on Iveco S.p.A., of which:

(1) Fiat Chrysler Automobiles N.V. is held jointly and severally responsible for the amount of EUR 156 746 105,

(2) Fiat Chrysler Automobiles N.V. and Iveco Magirus AG are held jointly and severally responsible for the amount of EUR 336 119 346 and

(3) CNH Industrial N.V. and Iveco Magirus AG are held jointly and severally responsible for the amount of EUR 1 740 549.

(e) EUR 752 679 000 jointly and severally on PACCAR Inc. and DAF Trucks N.V. of which DAF Trucks Deutschland GmbH is held jointly and severally responsible for the amount of EUR 376 118 773.

(...)

Article 3

The undertakings listed in Article 1 shall immediately bring to an end the infringements referred to in that Article insofar as they have not already done so.

They shall refrain from repeating any act or conduct described in Article 1, and from any act or conduct having the same or similar object or effect.

Article 4

This Decision is addressed to:

MAN SE, Ungererstraße 69, 80805 München, Germany

MAN Truck & Bus AG, Dachauer Str. 667, 80995 München, Germany

MAN Truck & Bus Deutschland GmbH, Oskar-Schlemmer-Straße 19-21, 80807 München, Germany

AB Volvo (publ), 405 08 Göteborg, Sweden

Volvo Lastvagnar AB, 405 08 Göteborg, Sweden

Volvo Group Trucks Central Europe GmbH, Oskar-Messter-Str. 20, 85737 Ismaning, Germany

Renault Trucks SAS, 99, Route de Lyon, 69806 Saint-Priest Cedex, France

Daimler AG, Mercedesstrasse 137, 70327 Stuttgart, Germany

Fiat Chrysler Automobiles N.V., Fiat House, 25 St James's Street, London, SW1A1HA, United Kingdom

CNH Industrial N.V., 25 St James's Street, London, SW1A 1HA, United Kingdom

Iveco S.p.A., Via Puglia 35, 10156 Torino, Italy

Iveco Magirus AG, Nicolaus-Otto-Straße 27, 89079 Ulm, Germany

PACCAR Inc., PACCAR Building, 777-106th Avenue N.E, Bellevue, US-Washington 98004, USA

DAF Trucks N.V., Hugo van der Goeslaan 1, 5643 TW Eindhoven, The Netherlands

DAF Trucks Deutschland GmbH, DAF-Allee 1, 50226 Frechen, Germany".

(hecho notorio y no controvertido, doc. 1 contestación Mercedes España)

2.- El día 19/7/16 la Comisión Europea hizo pública una nota de prensa en la que se anunció la imposición de una multa a los fabricantes europeos de camiones por haber incurrido en la práctica cartelizada descrita. La versión no confidencial de la Decisión se publicó en fecha de 6/4/17.

(hechos notorios y no controvertidos; doc. 2 contestación Mercedes España)

3.- El Sr. Juan Antonio adquirió, en fecha de 30/10/08, un camión marca Mercedes-Benz, modelo Actros 1848-LS-MPII 3900 e/e Tr, con número de bastidor NUM000 , por importe de 90.000 euros más IVA. La compra se realizó a través de Distribuidora de Vehículos Divesa S.L., que intervino en la citada operación de venta como concesionario autorizado e independiente

(doc. 2 demanda; hecho no controvertido)

4.- El Sr. Juan Antonio sufrió daños por importe del 5% del precio del camión adquirido, sin considerar los impuestos abonados por tal concepto.

(presunción dada en ejercicio de las facultades judiciales de estimación del daño causado por infracciones de cártel)

5.- Durante el período de la conducta sancionada, Mercedes-Benz Trucks España S.L. actuaba como importador general de camiones Mercedes-Benz en España, adquiriendo dichos camiones a Daimler AG, su matriz, para revenderlos a través de una red de distribución integrada, en parte, por concesionarios propios y, en su mayor parte, por concesionarios independientes, a través del siguiente esquema:



(art. 405.2 LEC , p. 9 contestación Mercedes España)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Estimación parcial de la demanda dirigida contra Mercedes España. Desestimación de la acción dirigida contra Divesa.

1.- Voy a estimar parcialmente la demanda formulada por el Sr. Juan Antonio , para reconocer su derecho a obtener una indemnización consistente en el 5% del precio de adquisición del camión Mercedes-Benz, modelo Actros 1848-LS-MPII 3900 e/e Tr, con número de bastidor NUM000 , más intereses de demora liquidados desde la fecha de celebración del contrato de compraventa. El precio del vehículo es de 90.000



euros, sin considerar los impuestos satisfechos, que no integrarán la base para el cálculo de la indemnización que corresponde al actor. A su vez, desestimaré las acciones acumuladas respecto de Divesa, a la que no reconoceré legitimación pasiva para ser parte en este proceso, de acuerdo con la naturaleza de la acción que se ejercita y la ausencia de circunstancias para la imputación de esta parte.

2.- Alcanzaré ese resultado para la instancia, fundamentalmente, a través de la interpretación del régimen aplicable al caso conforme al contenido del art. 17. 1 de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea ("Directiva de daños"), que reconoce la capacidad de los jueces de competencia para estimar la cuantificación de los daños en supuestos de dificultad probatoria.

3.- Para alcanzar ese resultado de la instancia abordaré, en los fundamentos siguientes y de acuerdo con el tratamiento sistemático que ahora diré, estas cuestiones:

(i) Determinaré el régimen aplicable a la acción que ejercita la actora: la cláusula general de responsabilidad extracontractual en el art. 1902 CC, en su interpretación conforme con la Directiva de Daños.

(ii) Resolveré que esa acción no se encuentra prescrita, de acuerdo con el plazo previsto en el art. 1968 CC y fijando el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción en la fecha de 6/4/17, en interpretación del art. 1969 CC.

(iii) Reconoceré la legitimación pasiva de Mercedes España para soportar el ejercicio de una acción *follow on* basada en el contenido de la Decisión de la Comisión Europea de 19/7/16, de acuerdo con el principio de vinculación a su contenido, los conceptos de unidad y continuidad económica propios del derecho de la competencia, las características de la infracción constatada y de la configuración societaria de Mercedes España, lo que enseña el derecho societario en su interpretación jurisprudencial más reciente y las posibilidades de imputación objetiva en el ámbito de responsabilidad civil, en dos planos de razonamiento distintos. Por el contrario, apreciaré la falta de legitimación pasiva de Divesa.

(iv) Interpretaré el contenido de esa Decisión y, para enfatizar lo que eso significa en el proceso, resolveré que la adquisición del camión por el Sr. Juan Antonio estuvo afectada por una práctica cartelizada para la fijación de precios, de modo que, con una interpretación de la regla *ex re ipsa* matizada por la interpretación conforme de esa regla con la Directiva de daños, cabe afirmar que el actor sufrió daños a resultas de esa conducta.

(v) Analizaré los dictámenes periciales traídos a las actuaciones para reconocer en el caso dificultades para la cuantificación de los daños sufridos. Determinaré que la parte demandada ha generado esas dificultades para la cuantificación de los daños sufridos por el Sr. Juan Antonio y apreciaré que el actor no se encuentra en situación de superar esas dificultades.

(vi) Haré uso de aquellas facultades de estimación judicial del importe de los daños sufridos por el Sr. Juan Antonio, excluyendo la posibilidad de computar separada y redundantemente los daños sufridos por incremento de precios de venta y repercusión de costes de introducción de nuevas tecnologías o aplicación del IVA, atendiendo a los análisis de base empírica difundidos por la Comisión y fijando un porcentaje de estimación del daño con arreglo a los márgenes de error que la Comisión ha considerado igualmente soportables, todo en los textos que ya ha dado para guiar la labor de los jueces de competencia en la aplicación privada de este derecho. Por fin, no consideraré aplicable la regla *in iliquidis non fit mora*.

(vii) Por último, excluiré del caso la *passing on defense*, por no haberse articulado correctamente por la parte demandada.

Segundo.- Régimen aplicable a la solución del caso.

4.- Durante la celebración del acto de audiencia previa, la parte actora precisó que ventila exclusivamente una acción *follow on* seguida de una infracción anticompetitiva constatada por la Comisión Europea. La contestación a la demanda hace especial cuestión de la determinación del régimen aplicable para la solución del caso, excluyendo que pueda resolverse a la luz de las nuevas aportaciones de la Directiva de daños y sus normas de transposición, para abundar después largamente en el contraste de los presupuestos de responsabilidad de ese régimen con los que considera hitos relevantes para la solución del caso. A falta de un acervo jurisprudencial nacional para entender que al caso resulta directamente aplicable el art. 101 TFUE, como marco normativo autosuficiente, considero que, al igual que señala la parte demandada, aquí resulta de aplicación el art. 1902 CC. Sin embargo, discrepo de esta parte cuando considera que, para la solución del caso, carece de toda incidencia el régimen propio de la Directiva de daños.

5.- ¿Cuál es la acción que ejercita la actora y cuál es el régimen que le resulta aplicable? El régimen de responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC es el aplicable para la solución del caso pero, de acuerdo



con las circunstancias que diré, ya no se trata de un régimen autosuficiente. Por el contrario, ese régimen queda sujeto a una interpretación conforme a la Directiva de daños.

6.- Hasta la promulgación del RD-Ley 9/2017, de 26 de mayo de 2017, de transposición de la Directiva de daños, nuestra LDC carecía de una disciplina típicamente procesal para regular la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia. Eso determinaba, para el ejercicio de acciones basadas en la aplicación privada del régimen de defensa de la competencia tras infracciones constatadas por una autoridad de competencia, el recurso directo a la disciplina extracontractual del CC, matizado por las reglas jurisprudenciales nacionales y comunitarias que ya habían reconocido, como principio general, el derecho a obtener una compensación por el perjudicado por una infracción anticompetitiva. En efecto, en el caso de la indemnización de los daños derivados de prácticas anticompetitivas, la jurisprudencia comunitaria había tenido la oportunidad de examinar la aplicabilidad de ese mismo principio de forma muy anterior a la irrupción de la Directiva de daño (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). También el Tribunal Supremo había tenido oportunidad de aplicar la regla de indemnidad propia del régimen de responsabilidad extracontractual a la aplicación privada del derecho de la competencia (regla consolidada en todas las facetas posibles de responsabilidad extracontractual, con exclusión de las sometidas a legislación especial e inclusión de espacios de yuxtaposición de responsabilidad contractual, STS, 1ª, núm. 1047/2003, de 11 de noviembre , sobre el derrumbe de un edificio; STS, 1ª, núm. 1385/2007, de 20 de diciembre , sobre un accidente acaecido durante un festejo; STS, 1ª, 22 de abril de 2013 , sobre responsabilidad profesional del abogado y, para la aplicación privada del derecho de la competencia, STS, 1ª, núm. 651/2013, de 7 de noviembre , Ponente Rafael Saraza Jimena, "Sentencia del cártel del azúcar").

7.- En la aplicación privada del derecho de la competencia con invocación de la regla general de responsabilidad extracontractual, por la especificidad de su aplicación, se diluían algunos de los elementos propios de ese régimen general. En efecto, la prueba de la acción ilícita y del nexo causal con el daño eventualmente sufrido eran facilitadas por la constatación administrativa de una conducta infractora del derecho de la competencia y por la existencia de un vínculo contractual, directo o indirecto, entre el perjudicado y el infractor. El tercero de los elementos, el daño, podía descomponerse en dos subelementos, constatación y cuantificación. El primero de ellos, la realidad del daño, venía facilitado por la vigencia de la regla *ex re ipsa* , ya reconocida como vigente en todos los campos de la responsabilidad civil (STS, 1ª, de 10 de septiembre de 2014 , sobre incumplimiento contractual; STS, 1ª, de 24 de octubre de 2012 , como consecuencia de la infracción de un derecho de propiedad industrial; STS, 1ª, de 8 de abril de 2014 , sobre competencia desleal). Es decir, se estimaba correcta la presunción de la existencia del daño cuando el actor imputaba la comisión de un ilícito del que, normalmente, se desprendían daños de la clase que igualmente describía en su demanda. El segundo de ellos, la cuantificación del daño sufrido, resultaba igualmente facilitado por las condiciones particulares de aplicación de este derecho señaladas por la interpretación jurisprudencial, que reconocía como esfuerzo de cuantificación suficiente la recreación de un escenario hipotético pero razonable de estimación de los daños sufridos (de nuevo en la Sentencia del cártel del azúcar).

8.- De vuelta a la legislación vigente, la regla de transitoriedad dada por la DT 1ª del citado RD-Ley excluye la aplicación retroactiva de las previsiones de su art. 3, que es el que ha reformado la LDC en materia de compensación por daños. Esa regla guarda coherencia con la DF 5ª sobre entrada en vigor de la norma.

9.- Pero es más trascendente centrar la atención en el análisis de la Directiva de daños, no en su regla de transposición nacional. El tratamiento comunitario que la Directiva de daños hace de ese régimen transitorio se ofrece en sus arts. 21 a 23. En síntesis, se dispuso la obligatoriedad de transposición a la conclusión del año 2016, se excluyó la aplicación retroactiva de las disposiciones sustantivas a las acciones ejercitadas antes del día 26/12/14 y se previó su entrada en vigor en la forma ordinaria, a partir de esa fecha. En las conclusiones de la Abogada General Kokott, Cogeco, C-637/17 , de 17 de enero de 2019:

"60. El ámbito de aplicación temporal de la Directiva 2014/104 está limitado con alcance general por su artículo 22 en el sentido de que, en su transposición, las normas sustantivas no se deben aplicar con efecto retroactivo (véase en ese sentido el artículo 22, apartado 1, de la Directiva). Todas las demás disposiciones nacionales de aplicación de la Directiva, es decir, las normas de procedimiento, sí son aplicables a situaciones anteriores a la entrada en vigor de la Directiva, pero solo en el contexto de acciones que, a su vez, hayan sido ejercitadas después de la entrada en vigor de la Directiva.

(...)

64. Por lo tanto, del artículo 22, apartado 1, de la Directiva 2014/104 se deduce que ni el artículo 9 ni el artículo 10 de la misma pueden aplicarse a una demanda como la pendiente en el litigio principal, que, si bien



fue presentada después de la entrada en vigor de la Directiva, se refiere, sin embargo, a hechos anteriores a la adopción y la entrada en vigor de la misma. Por otra parte, el artículo 22, apartado 2, de la Directiva 2014/104 no se opone, en cualquier caso, a una disposición sobre la aplicación temporal de las normas de transposición según la cual las normas de procedimiento de la ley en cuestión no sean aplicables a las acciones legales emprendidas antes de su entrada en vigor".

10.- Los principios básicos del derecho comunitario son los de primacía y efecto directo. Por su primacía, el derecho comunitario tiene un valor superior a los derechos nacionales de los Estados miembros (STJCE, 15 de julio de 1964, Costa v. Enel). Por su eficacia directa, el derecho comunitario ve garantizada su aplicabilidad y eficacia en todos los Estados miembros (STJCE, 5 de febrero de 1963, Van Gend en Loos). Sin embargo, este último principio está sujeto a algunas condiciones particulares que permiten distinguir un efecto completo, y otro parcial, según se permita su invocación en las relaciones verticales (particular vs. Estado miembro) u horizontales (también entre particulares). La Directiva es una norma dirigida a los Estados miembros y por eso el efecto directo solo puede ser invocado con carácter vertical y, por ello, parcial (STJCE, 5 de abril de 1979, Ratti). Retomaré más tarde el desarrollo jurisprudencial de estos principios.

11.- Junto a estos principios básicos del derecho comunitario se encuentra el "principio de interpretación conforme", en virtud del cual la aplicación e interpretación del derecho nacional debe disponerse de manera en que coadyuve a la consecución de los objetivos que pueda perseguir la legislación comunitaria. Así en la STJUE, de 8 de octubre de 1987, AS.80/86 Kolpinguis Nijmegen BV, cuando afirma que:

"(...) al aplicar su legislación nacional el órgano jurisdiccional de un Estado miembro está obligado a interpretarla a la luz del texto y del fin de la directiva para conseguir el resultado contemplado por el párrafo 3 del art. 189 del Tratado. Este problema no se plantea de distinta manera en función de que el plazo de adaptación haya expirado o no. Procede por tanto responder a la cuarta cuestión prejudicial que las soluciones apuntadas en las respuestas anteriores no serían distintas si el plazo concedido al Estado miembro para adecuar su legislación no hubiese expirado en la fecha correspondiente".

También en la STJUE, de 4 julio de 2006, asunto Konstantinos Adeneler (C-212/04):

"(...) Los tribunales nacionales deben interpretar todo el ordenamiento jurídico nacional, desde el mismo momento de la entrada en vigor de una directiva, teniendo en cuenta el tenor literal y la finalidad de esa directiva, de manera tan amplia que permita llegar a un resultado compatible con el objetivo perseguido por ésta".

12.- El principio de interpretación conforme no resulta aplicable en aquellos supuestos que se ubiquen fuera del ámbito de aplicación temporal de la norma comunitaria de que se trate (SSJM núm. 3 de Barcelona, de 6 de junio, 5 y 10 de septiembre de 2018, cártel de los sobres, en ejercicio de acciones *follow on* por infracciones anticompetitivas sancionadas antes de la entrada en vigor de la Directiva y en las citadas Conclusiones de la Abogada General Kokott, p. 100: *"No obstante, el principio de interpretación conforme únicamente rige en el ámbito de aplicación de la disposición del Derecho de la Unión de que se trate. En particular, en lo que se refiere a la Directiva 2014/104, esto significa que, en el presente caso, no existe obligación alguna de interpretación conforme con dicha norma, dado que los hechos del litigio principal, como se ha señalado anteriormente, están fuera del ámbito de aplicación temporal de dicha Directiva, tal y como lo define su artículo 22"*). Las conclusiones de la abogada general han sido sustancialmente aceptadas por el TJUE en su reciente S (Sala Segunda), de 28 de marzo de 2019 (puntos 24-34).

13.- Ahora recapitularé algunos hitos importantes del caso:

(i) La Directiva de daños entró en vigor a los veinte días de su publicación en el DOUE, lo que se produjo el día 5/12/14.

(ii) España incumplió el plazo de transposición de la Directiva.

(iii) La Comisión adoptó su decisión en fecha de 19/7/16 y publicó su versión no confidencial en fecha de 6/4/17.

(iv) España cumplió de manera tardía con el deber de transposición mediante la promulgación del citado RD-Ley, el 26/5/17.

(v) La actora ejercitó su acción el día 6/4/18.

14.- Aquí, el elemento temporal para la determinación del régimen jurídico aplicable es el de la fecha de la Decisión sancionadora, en julio de 2016, aunque después también señalaré que la acción "nació" a la fecha de publicación de la versión no confidencial de la Decisión, en abril de 2017. La prohibición de aplicación retroactiva del régimen sustantivo de la Directiva no se refiere a los "hechos infractores cometidos antes de su entrada en vigor", sino a las "sanciones impuestas antes de su entrada en vigor" y a las "acciones *follow on*

ejercitadas antes de su entrada en vigor". En efecto, el art. 22 de la Directiva de daños se refiere a las "acciones por daños", no al concreto marco temporal en el que arraigó la conducta infractora de que se trate, es decir, la fecha en la que se desarrollaron los hechos sancionados.

15.- De este modo, en el caso la Decisión de la Comisión acaeció tras la entrada en vigor de la Directiva de daños y antes de la expiración de su plazo de transposición. A su vez, la publicación de la Decisión y el nacimiento de la acción privada se produjo tras la expiración del plazo de transposición y antes de la transposición nacional de la Directiva. La Directiva de daños y la reforma de la LDC no resultan directamente aplicables al caso, pues la norma nacional de transposición no estaba vigente cuando la Comisión sancionó la conducta y publicó su Decisión, de manera que no puede invocarse el principio de efecto directo para salvar esas circunstancias. Pero la Decisión de la Comisión fue adoptada y publicada cuando la Directiva de daños ya se encontraba en vigor. Donde hay vigencia sí puede haber principio de interpretación conforme. Incluso sería dudoso que al caso no resultara directamente aplicable la Directiva de daños toda vez que, en realidad, la Directiva regula relaciones de carácter horizontal. Pero la solución del caso no necesita avanzar en ese argumento. Esta visión es compatible con las mismas conclusiones de la Abogada General Kokott, asumidas por la Sala en el asunto citado, cuando refiere que:

"(...)

66. Por lo que se refiere al artículo 102 TFUE, es jurisprudencia reiterada que la prohibición de abuso de posición dominante consagrada en dicha disposición de Derecho primario produce efecto directo en las relaciones entre particulares y crea derechos en favor de los justiciables que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar.

(...)

68. Es cierto que las directivas pueden tener perfectamente efecto directo cuando, como ha acabado ocurriendo en el presente caso, el plazo para su transposición ha vencido y, además, las disposiciones de la directiva en cuestión son, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y lo suficientemente precisas. (35) No obstante, el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que una directiva no puede, por sí sola, imponer obligaciones a un particular y no puede, por lo tanto, ser invocada como tal contra dicha persona".

16.- De este modo, no es necesario aquí entrar en la revisión de las bases para la aplicación del principio de efecto directo con exclusión de su eficacia horizontal (entre las citas de la Abogada Kokkot en sus conclusiones, SSTJCE, 19 de enero de 1982, Becker; 26 de febrero de 1986, Marshall; 14 de junio de 1994, Faccini Dori; SSTJUE 24 de enero de 2012, Domínguez; 25 de julio de 2018, Alheto; 7 de agosto de 2018, Smith), porque el principio de interpretación conforme es también un remedio para paliar las consecuencias negativas que para los particulares supone la imposibilidad de invocar el efecto directo de la Directiva en las relaciones horizontales, pese a su transposición tardía en nuestro país. Lo fundamental es que a través del principio de interpretación conforme no se burlen las reglas de irretroactividad sustantiva de la Directiva. Pero, en nuestro caso, la Decisión de la Comisión se produjo tras su entrada en vigor y la publicación de la Decisión tras la expiración del plazo de transposición, de manera que la interpretación conforme no lesiona la regla de irretroactividad de la Directiva.

17.- De todo ello resulta que el régimen aplicable al caso es el del art. 1902 CC, pero en su interpretación conforme con las disposiciones sustantivas de la Directiva de daños, todo ello considerado según las aportaciones de la jurisprudencia comunitaria y nacional a propósito de la aplicación privada del derecho de la competencia, en cuanto no resulten incompatibles con esa interpretación conforme, lo que no sucede en ningún caso, dada la homogeneidad de la regulación sobre la cuestión antes y después de la irrupción de la Directiva.

18.- Para la solución del caso, esa interpretación conforme incidirá sobre la fijación del *dies a quo* del plazo de prescripción que, ausencia de *effet d'exclusion*, será el anual del art. 1968 CC y no el plazo quinquenal que previó la Directiva de daños. También en la tarea de imputación objetiva de la conducta sancionada por la Decisión. A su vez, informará los criterios de valoración probatoria y actualizará la regla *ex re ipsa*, para reconocer la posibilidad de estimación judicial de los daños derivados de una conducta anticompetitiva en un escenario de dificultad probatoria. Por fin, será igualmente relevante para la enumeración de conceptos indemnizatorios. En definitiva, el principio de interpretación conforme debe guiar la aplicación de la regla general del art. 1902 CC en todos los espacios relevantes para dar en la respuesta de la instancia.

Tercero.- Vigencia de la acción ejercitada.

19.- He señalado que la acción que ejercita la actora está sujeta al plazo de prescripción anual que dispone el art. 1968 CC. Ese plazo anual contrasta con el plazo quinquenal -y aún más amplio según las reglas de suspensión- que concede la legislación vigente para el ejercicio de las acciones *follow on*. El principio de



interpretación conforme no alcanza para la aplicación preactiva de la nueva regulación comunitaria, aunque el plazo anual del art. 1968 CC suponga una disposición incompatible con la regulación de la Directiva de daños. Sin embargo, que el plazo de prescripción aplicable a la acción que ejercita el actor sea el anual previsto por el art. 1968 CC, no excluye que el resto de reglas nacionales para la aplicación de este precepto, es decir, para la fijación del *dies a quo* del cómputo del plazo, no deban interpretarse de conformidad con la Directiva de daños.

20.- El régimen nacional sobre liquidación del plazo de prescripción es el del art. 1969 CC, que señala que el cómputo del plazo de prescripción de las acciones comienza desde el día en que *puieron ejercitarse*. Para su aplicación a los ilícitos concurrenciales, la fijación de esa posibilidad de ejercicio de la acción de que se trate se ha entendido a la luz del principio de la *actio nata*, de manera que el plazo de prescripción de la acción no puede iniciarse sino desde el momento en que el perjudicado por el ilícito concurrencial supo de su extensión y afectación concreta y se encontraba en las condiciones adecuadas para el ejercicio de la acción (así, entre otros pronunciamientos, en las SSTs, 1ª, núm. 873/2009, de 20 de enero, Ponente José Ramón Ferrándiz Gabriel y en las citadas SSJM núm. 3 de Barcelona, de 6 de junio, 5 y 10 de septiembre de 2018 o SJM núm. 7 de Barcelona, de 6 de junio).

21.- La Directiva ha positivizado ese principio, para precisar en su art. 10.2 que *"los plazos no empezarán a correr antes de que haya cesado la infracción del Derecho de la competencia y el demandante tenga conocimiento, o haya podido razonablemente tener conocimiento de: a) la conducta y el hecho de que sea constitutiva de una infracción del Derecho de la competencia; b) que la infracción del Derecho de la competencia le ocasionó un perjuicio, y c) la identidad del infractor"*.

22.- A su vez, el considerando 36 de la norma introduce el marco concreto para la exégesis del precepto, siempre favorable al ejercicio de las acciones *follow on*:

"Las normas nacionales relativas al inicio, la duración, la suspensión o la interrupción de los plazos no deben entorpecer indebidamente el ejercicio de acciones por daños. Ello reviste especial importancia para las reclamaciones que se funden en constataciones de una autoridad de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente. A tal efecto, debe ser posible interponer una demanda por daños tras la incoación, por parte de una autoridad de la competencia, de un procedimiento de aplicación del Derecho de la competencia nacional y de la Unión. Los plazos no deben empezar a correr antes de que cese la infracción ni antes de que el demandante sepa, o de que se pueda esperar razonablemente que el demandante sepa, qué conducta constituye la infracción, el hecho de que esa infracción haya causado un perjuicio al demandante y la identidad del infractor. Los Estados miembros deben poder mantener o establecer plazos de caducidad que sean de aplicación general, siempre que la duración de tales plazos de caducidad no haga prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento pleno".

23.- Conviene recapitular nuevamente algunos de los hechos relevantes para la solución del caso:

(i) La Comisión adoptó su decisión en fecha de 19/7/16. En ese momento se publicó una mera nota de prensa que informaba sobre la imposición de la sanción, la infracción que la motivaba y la identidad de los infractores, sin un detalle particular de ninguna de estas cuestiones.

(ii) Sin embargo, no se procedió a la publicación de la versión no confidencial de la Decisión de hasta la fecha de 6/4/17.

(iii) El actor afirma haber realizado una reclamación extrajudicial en fecha de 22/3/18, pero la prueba documental traída a las actuaciones para justificar ese pretendido acto interruptivo no permite acreditar, con carácter fehaciente, la realidad de esa afirmación, que es contestada por la demandada (doc. 3 actor).

(iv) Por fin, la acción se ejercitó el día 6/4/18.

24.- El demandado fija el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción en el día de publicación de la nota de prensa de la Comisión y afirma que la acción se encontraba prescrita en el momento de su ejercicio. No comparto esta visión.

25.- En efecto, no puede considerarse que por la sola publicación de una nota de prensa en fecha de 19/7/16 el actor se encontrara, en ese momento, en disposición de la información suficiente sobre las características de la conducta infractora, su calificación, la delimitación del grupo de infractores y la extensión del perjuicio que pudo sufrir por la conducta de las empresas cartelistas. La interposición de una demanda en ese contexto no hubiera resultado prudente. Para concluir de esa manera basta con tratar de cohonestar, como esfuerzo infructuoso, el hecho de la publicación de una nota de prensa con los presupuestos de ejercicio de una acción *follow on*, que no solo presume la noticia de que una autoridad de la competencia ha sancionado como infractora del derecho de la competencia una determinada conducta, sino la propia disposición y conocimiento concreto del



contenido de esa resolución. El actor no pudo tomar conocimiento del contenido de la Decisión hasta abril de 2017.

26.- Por el contrario, considero que el *dies a quo* del plazo de prescripción debe fijarse en el momento de publicación de la versión no confidencial de la Decisión en abril de 2017. Solo en ese momento el actor dispuso de la información suficiente para preparar su demanda. Esa conclusión es todavía más sólida en la interpretación del art. 1969 CC conforme al considerando 36 y el art. 10.2 de la Directiva de daños.

27.- Por todo ello, con o sin validez del acto de interrupción del plazo, el actor formuló su demanda dentro del plazo anual de prescripción de la acción, el día 6/4/18.

Cuarto.- Legitimación pasiva de Mercedes España. Falta de legitimación pasiva de Divesa.

28.- En este fundamento voy a apreciar la legitimación pasiva de Mercedes España para soportar el ejercicio de una acción *follow on* basada en lo resuelto por la Decisión, pese a no encontrarse mencionada entre sus destinatarios. La parte actora dirige su demanda contra Mercedes España y, en términos de imputación, asume su equiparación a los destinatarios de esa Decisión a modo de aserto. A su vez, la demandada opone su falta de legitimación pasiva precisamente al no constar como destinataria de la Decisión, aduce la ineficacia jurídica de esa Decisión respecto de personas no comprendidas en su ámbito subjetivo y apunta la irrelevancia de la mera pertenencia de Mercedes España al Grupo Daimler. Divesa cifra igualmente su falta de legitimación pasiva en el extremo de no encontrarse entre las destinatarias de la Decisión.

29.- Tal y como he señalado en el fundamento introductorio, creo que la legitimación pasiva de Mercedes España para soportar el ejercicio de una acción *follow on* basada en el contenido de la Decisión de la Comisión Europea de 19/7/16 puede fundarse en el principio de vinculación a su contenido, los conceptos de unidad y continuidad económica propios del derecho de la competencia como categoría de superación de los cánones clásicos de responsabilidad personal, las características de la infracción constatada y de la configuración comercial del grupo Daimler según lo que Mercedes España dice de sí misma en su escrito de contestación, la evolución de la noción de grupo de sociedades en la interpretación jurisprudencial más reciente y las posibilidades de imputación objetiva en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual. Todo eso en dos planos de razonamiento, directo e indirecto, según diré. Por el contrario, no puedo reconstruir ninguno de esos vínculos respecto de Divesa, de acuerdo con esas mismas circunstancias y la prueba practicada en el caso.

30.- Para la solución del caso no resulta directamente aplicable la legislación vigente, ya se ha visto, sino el anterior a la reforma de la LDC motivada por la transposición de la Directiva de daños. En ese régimen anterior, para lograr una aplicación uniforme de la normativa comunitaria de competencia, se establecía un efecto vinculante de lo resuelto por la Comisión para los órganos jurisdiccionales que enjuiciaban el ejercicio de acciones privadas sobre las mismas conductas sancionadas (art. 16.1 RCE 1/2003 y, aún en su antecedente jurisprudencial, STJCE Masterfoods, de 14 de diciembre de 2000). Para dotar de contenido esa regla, la STJUE (Gran Sala), de 6 de noviembre de 2012, Otis, precisó que:

"65.- Por último, interesa destacar que una acción civil de indemnización, como la que es objeto del procedimiento principal, implica, según resulta de la resolución de remisión, no sólo la comprobación de que se ha producido un hecho dañoso, sino también la existencia de un daño y de una relación directa entre éste y el hecho dañoso. Si bien es cierto que la obligación que tiene el juez nacional de no adoptar resoluciones incompatibles con una decisión de la Comisión por la que se declare la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE le impone admitir la existencia de un acuerdo o práctica prohibidos, cabe precisar que la existencia de un daño y la relación de causalidad directa entre ese daño y el acuerdo o práctica en cuestión siguen dependiendo, en cambio, de la apreciación del juez nacional".

31.- Sin embargo, no existía una norma equivalente en nuestra legislación nacional. De este modo, la regla de vinculación fue desarrollada jurisprudencialmente. La Sentencia del cártel del azúcar señaló que lo resuelto por la autoridad nacional de competencia vinculaba a la jurisdicción civil en el enjuiciamiento posterior de una acción *follow on* en cuanto a la acreditación de los hechos declarados probados por la resolución administrativa, no así en cuanto a su calificación jurídica. En el enjuiciamiento de acciones próximas, la Sala Primera sostuvo ese mismo criterio (STS, 1ª, 643/14, de 9 de enero de 2015, Ponente Ignacio Sancho Gargallo). De este modo, ese régimen anterior advertía entonces una vinculación distinta entre lo resuelto por la autoridad de competencia comunitaria, con una vinculación más plena y en el sentido del RCE, de lo resuelto por una autoridad de competencia nacional, con un grado de vinculación más laxo.

32.- En la interpretación del régimen comunitario, continuista del estadio anterior en la redacción del art. 9 de la Directiva de daños, que ya equipara el efecto vinculante entre lo resuelto por la autoridad comunitaria y las nacionales, debe advertirse (considerando 34) el ánimo del legislador comunitario de *"aumentar la efectividad y la eficiencia procedimental de las acciones por daños y mejorar el funcionamiento del mercado interior para*



las empresas y los consumidores, (a fin de que) la constatación de una infracción de los arts. 101 o 102 del TFUE recogida en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente no debe volver a ser objeto de litigio en posteriores acciones por daños". Se advierte igualmente en el mismo considerando su intención de que "los efectos de esa constatación deben abarcar únicamente, no obstante, la naturaleza de la infracción y su alcance material, personal, temporal y territorial, tal y como los haya determinado la autoridad de la competencia o el órgano jurisdiccional competente en el ejercicio de sus funciones". Vemos que el principio de efectividad, de necesaria conjugación en la interpretación conforme del art. 1902 CC que he asumido aquí, también juega un papel relevante en la aplicación de las normas procesales determinantes para la solución del caso, en este aspecto de la determinación de la legitimación pasiva de Mercedes España el art. 10 LEC y el principio de separación de personalidades de las distintas sociedades de un mismo grupo. De este modo y nuevamente, debemos actualizar la noción de vinculación a lo resuelto en el estadio legislativo anterior y aplicable al caso a lo que ya se desprende del régimen de la Directiva de daños, en la interpretación conforme de ese régimen con los objetivos pretendidos por la Directiva.

33.- Avanzando desde esa noción actualizada de vinculación, la cuestión determinante aquí es excluir, según las categorías propias del derecho de competencia, una visión reduccionista del concepto de personalidad jurídica basado en la legislación nacional que no es el propio del derecho de la competencia y aún de la jurisprudencia nacional más reciente, en un primer plano de razonamiento, así como la oportunidad de considerar después, segundo plano de ese razonamiento, que "si la acción de daños tiene su fundamento en conductas infractoras del derecho de la competencia que respecto de su extensión exceden de las que habían sido constatadas como infractoras por la autoridad de la competencia, será preciso justificar la procedencia de esta extensión" (Sancho Gargallo, "El efecto vinculante de las decisiones de la autoridad de competencia" en Acciones follow on, Tirant lo Blanch, 2019, p. 122), pero no necesariamente ejercitar de forma autónoma y completa una acción declarativa o *stand alone* frente a una empresa filial de la matriz sancionada por la Comisión, en esa conforme y actualizada interpretación de la noción de vinculación. Voy a ofrecer un primer cuerpo de argumentos plurales (competencia, derecho societario, el régimen de responsabilidad inherente a una comunidad de daños) para dar contenido a ese concepto de infractor relevante a efectos de vinculación con lo resuelto por la Decisión. Después, de manera subordinada, consideraré ese segundo plano de razonamiento, una justificación añadida sobre imputación de lo resuelto por la Decisión, como pieza de cierre de la argumentación para apreciar legitimación pasiva de Mercedes España de manera subsidiaria. En definitiva, creo que puedo encontrar argumentos suficientes para construir ese vínculo de legitimación pasiva de manera directa, fundada en la oponibilidad de lo resuelto por la propia Decisión a Mercedes España y, subsidiariamente, que también puedo encontrar otro grupo de argumentos para imputar esa conducta en términos de justificación añadida y para el caso de que la aplicación directa no se considerase posible. A su vez y como ya he señalado, partiendo de esos mismos elementos de análisis no puedo reconstruir, por ninguna de las dos vías, vínculos de legitimación pasiva suficientes respecto de Divesa.

34.- ¿A quién puede un perjudicado exigir la reclamación de los daños y perjuicios que haya sufrido a resultas de una infracción anticompetitiva? Se trata de una cuestión muy asequible para el régimen jurídico anterior o para el vigente en materia de acciones *follow on*: a la persona que se los hubiera causado o, al menos, hubiera participado de manera relevante de la conducta lesiva que los haya producido. Pero en el ámbito del derecho de la competencia, ¿quién puede ser esa persona? A esa cuestión voy a responder de la siguiente manera: es posible reconstruir vínculos de legitimación pasiva suficiente de una filial respecto de la conducta sancionada por una autoridad de competencia y que afectan nominalmente a su matriz. Se trata de una decisión que debe partir de la infracción descrita por la autoridad de competencia y que debe fundarse en la interpretación de la doctrina comunitaria aplicable, en el principio de efectividad sentado por la Directiva de daños y, también, con un sentido práctico para desechar la alegación de obstáculos de defensa artificiosos tras los que no puede percibirse un interés susceptible de protección jurídica, de acuerdo con aportaciones nacionales dadas en otros ámbitos del derecho lo suficientemente próximos. Para eso, debemos abandonar una aproximación a esta cuestión basada en categorías clásicas de imputación, de acuerdo con los principios de personalidad propios de las legislaciones nacionales, que deben verse superados. En las conclusiones del Abogado General Sr. Wahl, C-724/17, de 6 de febrero de 2019:

"61. La determinación de las personas que pueden ser consideradas responsables del pago de la indemnización no es una cuestión referente a los detalles de la aplicación concreta de una demanda de indemnización o una norma reguladora de la aplicación efectiva del derecho a solicitar la reparación. La determinación de las personas responsables del pago de la indemnización es la otra cara de la moneda del derecho a solicitar la reparación de los daños causados por la infracción del Derecho de la competencia de la Unión. En efecto, la existencia de un derecho a solicitar reparación en virtud del artículo 101 TFUE presupone el incumplimiento de una obligación jurídica. También presupone la existencia de un responsable de ese incumplimiento.



62. Ese responsable puede inferirse del artículo 101 TFUE, precepto que se aplica a las empresas. En efecto, los destinatarios de la prohibición establecida en el artículo 101 TFUE son las empresas, concepto que el Tribunal de Justicia ha interpretado de manera flexible en el ámbito de la aplicación en la esfera pública y la imposición de multas.

63. Conforme a los principios establecidos en la jurisprudencia, este concepto abarca a toda entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de su naturaleza jurídica y modo de financiación. Cuando una entidad de este tipo infringe el Derecho de la competencia de la Unión, le incumbe a ella, conforme al principio de responsabilidad personal, responder por la infracción".

35.- Entonces debemos superar soluciones estrictas y nacionales sobre los conceptos que señalé, para avanzar en la aplicación del derecho sustantivo comunitario aplicable al caso. En efecto, la jurisprudencia del TJUE rechaza un concepto estricto de personalidad jurídica individual o de grupo como límite a la imputación de conductas anticompetitivas, para establecer una noción funcionalmente más amplia y relevante a efectos de imputación de conductas anticompetitivas entre las distintas sociedades de un grupo. Así en la STJCE, C-170/83, Hydrotherm: "1. Regulation (...) must be applied even if several legally independent undertakings participate in the agreement as one contracting party provided that those undertakings constitute an economic unit for the purposes of the agreement" y, también, en la STJUE, C-97/08, Azko Nobel: "el Derecho comunitario de la competencia se funda en el principio de responsabilidad personal de la entidad económica que haya cometido la infracción. Pues bien, en el supuesto de que la sociedad matriz forme parte de esa unidad económica que, como se ha hecho constar en el apartado 55 de esta sentencia, puede estar formada por varias personas jurídicas, se considera que esta sociedad matriz es solidariamente responsable de las infracciones del Derecho de la competencia junto con las demás personas jurídicas que integran dicha unidad. En efecto, aunque la sociedad matriz no intervenga directamente en la infracción, en tal supuesto, ejerce una influencia determinante en las filiales que hayan intervenido en aquélla. De ello se desprende que, en dicho contexto, no puede considerarse que la responsabilidad de la sociedad matriz es una responsabilidad objetiva".

36.- Puede encontrarse un corolario de la doctrina anterior en la aplicación del principio de continuidad económica para la determinación de las personas que puedan verse afectadas por una acción follow on. En las mismas conclusiones del Sr. Jenaro :

"73. El principio de la continuidad económica es una manifestación de la definición amplia de empresa en el Derecho de la competencia de la Unión. Se aplica, en particular, cuando la entidad que ha cometido la infracción ha dejado de existir jurídica o económicamente. Como ha explicado el Tribunal de Justicia, si se impone una sanción a una empresa que sigue existiendo jurídicamente, pero que ya no ejerce actividades económicas, la sanción perdería todo efecto disuasorio. (33)

74. En general -aunque la responsabilidad personal continúa siendo la regla principal- el motivo de extender la responsabilidad a la entidad que ha proseguido las actividades de la entidad infractora del Derecho de la competencia de la Unión consiste en que, en otro caso, las empresas podrían eludir las sanciones cambiando su identidad mediante reestructuraciones, ventas u otros cambios legales u organizativos. Ello pondría en peligro el objetivo de reprimir los comportamientos contrarios al Derecho de la competencia y de impedir su repetición por medio de sanciones disuasorias.

(...)

77. Si el principio de la continuidad económica no se aplicara en el marco de las demandas de indemnización por daños y perjuicios, se debilitaría significativamente el elemento disuasorio derivado de permitir a cualquier persona reclamar daños por una infracción del Derecho de la competencia de la Unión".

A su vez, el TJUE ha asumido esas conclusiones del Abogado General en su S (Sala Segunda), de 14 de marzo de 2019:

" 35 En cambio, dicho precepto confirma, como hace el artículo 1 de la Directiva 2014/104, titulado "Objeto y ámbito de aplicación", en la primera frase de su apartado 1, que los responsables del perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la Unión en materia de competencia son precisamente las "empresas" infractoras.

36 Hecha esta precisión, procede recordar que el concepto de "empresa" en el sentido del artículo 101 TFUE comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de la naturaleza jurídica de dicha entidad y de su modo de financiación (sentencia de 11 de diciembre de 2007, ETI y otros, C-280/06, EU:C:2007:775, apartado 38 y jurisprudencia citada).

37 En ese contexto, debe entenderse que dicho concepto designa una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico, dicha unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas (sentencia



de 27 de abril de 2017, Akzo Nobel y otros/Comisión, C-516/15 P, EU:C:2017:314 , apartado 48 y jurisprudencia citada)".

37.- Las características de la infracción de la que trae causa el proceso, según son descritas por la Comisión en su versión no confidencial, traen al caso argumentos adicionales para concluir afirmando que el principio de unidad económica de un grupo infractor es también relevante a los efectos procesales que quiero depurar aquí. También para advertir una comunicación económica, con incidencia en la comisión de la infracción, entre la actividad del Daimler como destinataria de la Decisión y Mercedes España. Así en la Decisión de la Comisión Europea de 19/7/16:

"(25) All of the Addressees have national marketing subsidiaries in key market countries that usually import the trucks. All of the Addressees sell their products through distributors and their respective networks of authorised dealers or, in certain particular cases/regions, directly to key customers. Some of the distributors and dealers are owned by the truck manufacturers as part of their sales organisation, others are independent".

38.- A su vez, aunque la parte actora no ha desarrollado ninguna prueba sobre la configuración societaria o relaciones comerciales entre Daimler y Mercedes España, estas se desprenden del propio escrito de contestación a la demanda, sintetizadas en el gráfico extraído del propio escrito de contestación, tal y como se ha señalado en la narración de hechos probados. La demandada afirma en su contestación (p. 5) que *"(l) a Decisión no concluye que ninguna otra compañía del grupo Daimler haya participado en la infracción (...) (n) i MB Trucks ni cualquier otra filial de Daimler (...) es destinataria de la Decisión"*. Es decir, la demandada reconoce que es una empresa filial española de Daimler. A su vez, la demandada reconoce igualmente en su contestación (p. 8) que Mercedes España es la sucesora de Mercedes-Benz España S.A., anteriormente denominada DaimlerChrysler España S.A., desde noviembre de 2016, a resultas de una segregación mediante la que absorbió el negocio de (p. 9) la importación general de camiones Mercedes-Benz en España, que adquiriría de su empresa matriz y fabricante Daimler, para su reventa a través de concesionarios dependientes e independientes. Por un lado, la *doctrina Skanska* es claramente aplicable a las relaciones derivadas de la segregación de negocio de DaimlerChrysler España S.A./Mercedes-Benz España S.A. y su transmisión a la actual demandada. Por otro lado, resulta que Mercedes España es una sociedad filial española que, de acuerdo con la descripción de su objeto según afirma en su propia contestación, se dedica a la explotación de la actividad económica del grupo Daimler en nuestro país, es decir, que desarrolla el objeto social del grupo en España, que es fundamentalmente la comercialización de vehículos, algunos de ellos afectados por la conducta cartelizada que sancionó la Decisión. Los camiones afectados por la conducta cartelista de su matriz, se comercializaron en España a través de Mercedes España, de acuerdo con la configuración societaria y comercial de Daimler, entendida como unidad económica infractora.

39.- De este modo, lo relevante es que aquí puede advertirse la presencia de una unidad económica con incidencia en la comisión de la infracción que motiva la interposición de la demanda, según las posibilidades advertidas por la doctrina del TJUE. La legitimación pasiva de una empresa matriz respecto de las conductas imputadas a su filial se basa en una interpretación asequible del art. 1903 CC, ya largamente tratada por la doctrina y la jurisprudencia, que parte de las nociones de control y supervisión (entre otros, puede verse Martí Miravalls, J., *"Acciones de daños por infracción del derecho de la competencia: responsabilidad conjunta y prescripción"*, Actas de derecho industrial y derechos de autor, vol. 37, Marcial Pons, pp. 37-39). Pero también es posible recorrer un camino inverso, de la matriz a la filial, cuando la empresa filial ha intervenido como un mero instrumento del que se ha servido la matriz para trasladar al mercado los efectos distorsionadores de la libre competencia que fundamentan el reproche público de esa conducta, inherentes a los acuerdos anticompetitivos que ha concertado con otros, con o sin una declaración nominal de sus empresas filiales como infractoras a efectos de la sanción pública de esa conducta, pudiendo tal carácter apreciarse en el contexto del ejercicio de una acción *follow on*. Nada de eso supone desconocer o deformar el efecto vinculante de lo resuelto por la autoridad de competencia, ni diluir los presupuestos de responsabilidad propios del régimen que se actúa. ¿Cómo puede excepcionarse esa aparente relación instrumental? Acreditando la autonomía de la filial en la traslación al mercado de los efectos de esa conducta infractora, a modo de interrupción del nexo de imputación, quebrando con la apariencia de unidad económica que, en ese caso, no resultaría tal. Pero Mercedes España, que no aborda la cuestión de su falta de legitimación pasiva desde esta perspectiva, tampoco acredita esa autonomía. Considero que eso no se desprende del doc. 12 incorporado entre los anexos de su dictamen pericial (CD adjunto, T III de las actuaciones), que solo supone una mera presentación sobre estrategias comerciales del grupo en España en el período 2005-2007, ni resulta de ningún otro extremo del estudio o del resto de la actividad probatoria de Mercedes España.

40.- La necesidad de recurrir con carácter prioritario a las soluciones propias del derecho comunitario, no excluye la importancia de considerar el tratamiento reciente de la imputación de responsabilidad entre empresas de un mismo grupo por nuestra jurisprudencia nacional, en interpretación de la normativa societaria



y de responsabilidad civil, en un sentido amplio. En esas soluciones, pueden reconocerse fácilmente las mismas líneas que sirven para explicar la necesidad de preservar el principio de efectividad comunitario en materia de competencia, advirtiendo cuando existen y cuando no existen excepciones de defensa basadas en la falta de legitimación pasiva que merezcan ser tomadas en consideración. Esas mismas soluciones también permiten constatar la existencia de ese otro grupo de argumentos sobre las características económicas de una infracción y su relación con una noción económica de infractor, esto último en conexión con la existencia de una comunidad que genera daños. Todas esas pautas jurisprudenciales nos conducirían a la misma solución sobre la oponibilidad directa de la Decisión a Mercedes España, según las características de la infracción y las de esa empresa, tal y como he descrito.

41.- Así, la Sala Primera ha censurado, en términos de excepción de la legitimación pasiva de filiales de un mismo grupo de sociedades en el ámbito de la contratación, una defensa basada en el principio de personalidad individual extraña a la actuación conjunta del grupo. Es la STS (1ª), de Pleno, núm. 769/2014, de 12 de enero, Ponente Rafael Saraza Jimena:

"(...) La consecuencia de lo expuesto es que Banco Santander está legitimado pasivamente para soportar la acción de anulación del contrato por error vicio del consentimiento, que además habría sido motivado por su actuación y no por la de Cardif. De lo contrario, se estaría permitiendo a Banco Santander prevalerse de una estructura negocial artificial y meramente formal, que encubre una inversión en fondos emitidos por empresas de su grupo, para dificultar la satisfacción de los legítimos derechos de sus clientes".

42.- Más recientemente, incluso desde el respeto a la personalidad jurídica independiente de las sociedades de un mismo grupo societario, la Sala Primera ha rechazado las defensas basadas en la excepción de legitimación pasiva de filiales españoles en el contexto de grupos cerrados, al señalar que no puede imponerse a los terceros la obligación de determinar qué incidencia tuvo la intervención de cada una de las personas jurídicas pertenecidas a un mismo grupo de sociedades en la consumación de una infracción, cuáles sean sus funciones o qué rol preponderante pueda asumir la matriz en las actividades del grupo, sin proporcionar la información adecuada y suficiente para discriminar unas y otras cosas y mientras la filial española sea el eslabón más próximo entre la conducta que genera daños y el nacional español lesionado (partiendo del comentario de Alfaro, J., "La sentencia google del Tribunal Supremo: derecho de grupos y levantamiento del velo", Almacén de Derecho, 14/4/16). Es la STS, 1ª, núm. 210/16, de cinco de abril, de Pleno, Ponente Rafael Saraza Jimena:

"8.- Sentado lo anterior, siendo cierto que Google Inc, en tanto que gestor del motor de búsqueda Google Search, es responsable del tratamiento de datos y así lo declara la STJUE del caso Google al resolver, en la primera parte de la sentencia, la cuestión de si la actividad de un motor de búsqueda constituye tratamiento de datos personales en el sentido del art. 2.b de la Directiva (apartado 33), también lo es que Google Spain puede ser considerada, en un sentido amplio, como responsable del tratamiento de datos que realiza el buscador Google Search en su versión española (...), conjuntamente con su matriz Google Inc y, por tanto, está legitimada pasivamente para ser parte demandada en los litigios seguidos en España en que los afectados ejerciten en un proceso civil sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición y exijan responsabilidad por la ilicitud del tratamiento de datos personales realizado por el buscador Google en su versión española.

Por ello debe considerarse correcta la afirmación de la Audiencia Provincial de que Google Spain está legitimada pasivamente para soportar la acción ejercitada por una persona afectada por el tratamiento de esos datos personales realizado por el buscador Google en defensa de sus derechos de la personalidad y de su derecho a la protección de datos personales".

43.- Incluso para el caso de que, de acuerdo con las características de la infracción que conocemos en la versión no confidencial de la Decisión y lo que sabemos sobre la configuración societaria y el objeto de negocio de Mercedes España, se considerase que no es posible una traslación directa de la legitimación pasiva de esta última a efectos del ejercicio de una acción *follow on* basada en una Decisión de la que no es destinataria, siquiera con arreglo a todos los argumentos que he dado anteriormente, aún podría ofrecerse, como argumento indirecto para reconocer esa legitimación pasiva, una justificación añadida suficiente a tal efecto.

44.- Esa justificación añadida no precisaría, tal y como he señalado, del ejercicio autónomo de una acción *stand alone*, por dos motivos. En primer lugar, porque el efecto vinculante de lo resuelto por la Comisión seguiría estando presente en este caso, en toda su extensión excepto en la determinación de las personas eventualmente afectadas por la Decisión. En segundo lugar, porque el ejercicio de una acción *follow on* también comporta una tutela declarativa. Lo que ocurre es que, para el caso de estas acciones, la constatación de los presupuestos de la responsabilidad que se invoca aparece, en su mayor parte, determinada por la vigencia del principio de vinculación, que aquí solo regiría parcialmente. Precisamente por eso sería necesario ofrecer esa justificación añadida sobre la imputación de la conducta y consecuente legitimación pasiva de la filial Mercedes España. Pero nada más.



45.- A estos efectos sería útil recrear una suerte de *test jurisprudencial* : medir qué circunstancias son aptas para construir esa justificación añadida que permitirían apreciar, a su vez y favorablemente para la pretensión indemnizatoria de la actora, la legitimación pasiva de Mercedes España.

46.- Ese esfuerzo ya ha sido asumido por otras jurisdicciones europeas, al menos para aceptar su competencia internacional en el contexto del ejercicio de acciones *follow on* y respecto del domicilio de empresas que no son destinatarias de una decisión sancionadora de la Comisión, pero que forman parte de un grupo societario que ha servido de base para implementar en el mercado la conducta anticompetitiva de que se trate (High Court, 2 de julio de 2018, Vattenfall Vs. Prysmian). Para estos casos, se han considerado circunstancias relevantes de implementación la intervención de la empresa no destinataria de la Decisión en ventas, actividades comerciales, marketing o la captación de clientela para el grupo, por tratarse de actividades relacionadas con la conducta infractora.

47.- En nuestro caso, vemos que la Decisión considera implícitamente a Mercedes España en su argumentación sobre la reconstrucción del funcionamiento del cártel trabado entre su sociedad matriz y otros competidores, en la medida en que la conducta infractora tuvo penetración en todo el mercado comunitario a través de las redes societarias y de distribución de cada grupo empresarial fabricante de camiones, lugar en el que hay que incluir a Mercedes España de acuerdo con su confesado objeto social y mientras esta parte, insistiré en esto, no ha realizado actividad de alegación o de prueba relevantes para que su participación económica en el funcionamiento del grupo o su participación en la difusión económica de la conducta sancionada pueda ser entendida aquí de otra manera. El extremo de que la Decisión sí considere nominalmente a otras filiales de otros grupos infractores como destinatarias de la sanción, no excluye por sí solo la legitimación pasiva de la filial española de Daimler para soportar el ejercicio de una acción *follow on* .

48.- En efecto, la Decisión no sanciona, en puridad, una conducta desarrollada por algunas de las filiales de MAN, esas que también son destinatarias de la Decisión, de la que a su vez deba responder su matriz por razón de su deber de vigilancia y facultades de control. Lo que la Comisión sanciona es una conducta desarrollada por la matriz de MAN con participación particular de algunas de sus filiales a efectos de represión pública de la conducta y, al mismo tiempo, describe la difusión económica de sus efectos en el resto del mercado europeo a través del resto de sociedades del grupo. Porque, el extremo de la especial participación de aquellas filiales afectadas por la sanción pública de la Comisión, no significa que esa misma conducta no tuviera incidencia en el comportamiento de las filiales no afectadas por esa sanción, que por eso cuentan con legitimación pasiva para depurar su eventual responsabilidad en el contexto de la aplicación privada del mismo derecho de competencia. Esto es importante, porque cuando Mercedes España enfatiza su falta de legitimación pasiva cifrándola en el extremo de que otras filiales de Grupo MAN sí han sido sancionadas por la Comisión y ella no lo ha sido, niega que esa conducta tuviera afectación en el mercado español, lo que es extraño al carácter uniforme y continuado de la infracción en todo el espacio comunitario, como característica descrita y sancionada por la Comisión y, también, extraño a su participación en la difusión de los efectos económicos de esa conducta infractora que determinaron la distorsión de nuestro mercado nacional de venta de camiones. Así en el párrafo 74 de la Decisión:

"Although as of 2004 the collusive contacts took place amongst the German Subsidiaries rather than amongst the Headquarters, such contacts had nevertheless the same object as the previous meetings between representatives of the Headquarter-Level, namely the distortion of independent price setting and of the normal movement for prices for Trucks in the EEA. This is evidenced by the fact that the discussions between the representatives of the German Subsidiaries continued to address the same topics, and in the same way as in other previous meetings involving representatives of the Headquarters".

49.- Por el contrario, ninguno de los argumentos dados anteriormente permiten desarrollar un juicio de imputación objetiva respecto de Divesa, lo que determina su falta de legitimación pasiva en este proceso. No se discute que Divesa intervino en la operación de venta de la que trae causa el proceso como un concesionario autorizado pero independiente de Mercedes España. La actora no ha desarrollado actividad probatoria ninguna que permita reconocer entre Divesa, Mercedes España y Daimler una vinculación económica, societaria u organizativa distinta de una mera relación comercial para la distribución de vehículos Daimler-Mercedes. Es evidente que, de acuerdo con el contenido de la Decisión y la propia descripción que Mercedes España realiza de la configuración económica del grupo Daimler, Divesa intervenía como un eslabón intermedio (pero autónomo) entre la unidad económica infractora y el destinatario del producto cartelizado. A su vez, de la actividad de alegación y prueba de la actora tampoco se desprende una intervención particular de Divesa de cooperación en la conducta ilícita o una relación instrumental distinta de la mera transmisión del daño eventualmente sufrido en forma de sobreprecio, en las asunciones que parece desarrollar la demanda y, en cualquier caso, de manera asequible en la interpretación conforme de las presunciones pueden reconocerse en el art. 1902 CC en relación con el art. 14.2 de la Directiva.



50.- Esta última afirmación es muy relevante. La naturaleza del daño no puede depender de la sola existencia de una estructura comercial de la demandada, si se integra de manera uniforme en su giro comercial y se presenta ante terceros de manera homogénea. El comprador directo es aquel que entra en contacto con productos o servicios cartelizados, por primera vez, fuera del ámbito económico, societario y comercial exclusivo, de dependencia o control, del infractor de que se trate. Ese daño derivado de una práctica cartelizada debe ser considerado como daño inicial y los eventualmente subsiguientes deben ser considerados como indirectos. Precisamente el juicio de imputación objetiva de Mercedes España se refuerza al considerar a Divesa como perjudicado directo, mientras Mercedes España no acredite que Divesa estaba unida a Daimler por lazos de la misma especie de los que permiten aquí la propia imputación objetiva de su filial española. Del juicio de imputación objetiva que fundamenta la legitimación pasiva de Mercedes España y que no es posible reconstruir respecto Divesa resulta que, en el caso de haber existido daño en forma de sobreprecio o de otra especie, este habría sido causado directamente a Divesa, al no estar integrada en esa unidad y por desempeñar un rol comercial en esa cadena de suministro que presupone la exposición a ese daño. A partir de aquí, Mercedes España debería acreditar que o bien no causó daño a Divesa o bien que Divesa absorbió ese daño y no lo transmitió aguas abajo en la misma cadena de suministro hasta el adquirente final del producto cartelizado, el Sr. Juan Antonio , perjudicado indirecto. También podría haberse valido de la prueba realizada por Divesa en tal sentido, pero en este caso la codemandada no ha realizado actividad probatoria de ningún calado. Por su parte, el Sr. Juan Antonio puede servirse del juego de presunciones señalado para actuar contra la unidad económica infractora, pero no puede ejercitar su acción frente a quien ha intervenido como un mero transmisor del daño, si ese transmisor no se integra en esa unidad y, de ningún otro modo, puede ser considerado como infractor o se ve en situación de soportar una condición asimilada a la del infractor.

Quinto.- Lo resuelto por la Decisión y lo que eso significa en el proceso.

51.- La solución del caso exige fijar con precisión qué conducta sancionó la Decisión y cuáles son las consecuencias que de eso puede extraerse para este proceso. La interpretación de la Decisión es importante en un doble sentido. En primer lugar, para obtener de ella la información suficiente sobre las características de la infracción sancionada. En segundo lugar, para extraer de ella las circunstancias que puedan tener alguna incidencia en la cuantificación del daño eventualmente sufrido por el actor.

52.- La parte actora asume que la Decisión constató una infracción consistente en acuerdos colusorios sobre fijación e incremento de precios brutos, así como sobre el calendario y la repercusión de costes derivados de la introducción de tecnologías de control de emisiones contaminantes. La demandada afirma que la Decisión en ningún caso hace referencia al impacto de esa conducta en el mercado, señala que la resolución no considera que los precios finales a los clientes de la clase de los del actor estuvieran afectados por esa conducta y, en definitiva, enfatiza que la infracción sancionada consistió única y esencialmente en un intercambio de información sobre el incremento de precios brutos y en relación con la introducción de esas nuevas tecnologías, a modo de acto inocuo. Por todo ello, la demandada niega que de la Decisión se desprenda la constatación de un daño sufrido por el actor.

53.- No comparto la interpretación de la demandada y, por el contrario, creo que la actora razona correctamente. La conducta sancionada no consistió en un mero intercambio de información entre las empresas cartelistas, guiadas con la sola intención de hacer el mercado de venta de camiones más transparente, aunque cabe igualmente señalar que ese solo extremo ya distorsionaría la fijación de precios en ese mercado, al reducir el margen de incertidumbre con el cual las empresas compiten entre sí en un mercado perfecto, lo que necesariamente habría tenido alguna suerte de incidencia en la determinación de esos precios. Pero, abandonando este último argumento, cabe afirmar que de la Decisión sí se desprende la comisión de una infracción susceptible de generar daños en forma de sobreprecio al destinatario final del producto cartelizado, es decir, al adquirente de un camión como el que compró la parte actora en este proceso. Todo en la interpretación conforme del régimen aplicable al caso, según nuevamente diré. Cuestión distinta es que, a los efectos de sanción y disuasión de esa conducta o para contentar los fines de la aplicación pública del derecho de la competencia en este caso, la Comisión no se detuviera en considerar la incidencia material de la conducta sancionada en el mercado en ninguna de sus dos especies relevantes aquí (fijación de precios brutos y repercusión de sobrecostes por implantación de nuevas tecnologías sobre emisiones). O, también, que no haya querido revelar ningún dato adicional en su versión no confidencial.

54.- Para dar en esa conclusión, de acuerdo con la conjugación más elemental del principio de vinculación de lo resuelto por la autoridad de competencia, basta con la reproducción de la parte dispositiva de la Decisión, tal y como he citado en la enumeración de hechos relevantes para la solución del caso y como esfuerzo en el que no es necesario insistir ahora. De la reproducción de su parte dispositiva se constata que la demandada, según las reglas sobre legitimación pasiva que he asumido aquí, participó en acuerdos colusorios consistentes en la



fijación de precios brutos y repercusión de algunos sobrecostes, durante el lapso de 1997 a 2011 y en relación con los camiones de las características técnicas que se describen en el cuerpo de la Decisión.

55.- Precisamente de la motivación de la Decisión, en su versión no confidencial y auténtica, pueden extraerse pasajes relevantes que ayudan a comprender cuáles fueron los hechos que constató la Comisión, con independencia de la clase o naturaleza de la infracción posteriormente sancionada, para desechar la línea argumental de la demandada en este punto. Así (con énfasis añadido):

"(2) The infringement consisted of collusive arrangements on pricing and gross price increases in the EEA for medium and heavy trucks; and the timing and the passing on of costs for the introduction of emission technologies for medium and heavy trucks required by EURO 3 to 6 standards. The infringement covered the entire EEA and lasted from 17 January 1997 until 18 January 2011.

(...)

(27) The pricing mechanism in the truck sector follows generally the same steps for all of the Addressees. Like in many other industries, pricing starts generally from an initial gross list price set by the Headquarters. Then transfer prices are set for the import of trucks into different markets via wholly owned or independent distributor companies. Furthermore there are prices to be paid by dealers operating in national markets and the final net customer prices. These final net customer prices are negotiated by the dealers or by the manufacturers where they sell directly to dealers or to fleet customers. The final net customer prices will reflect substantial rebates on the initial gross list price. Not all steps are always followed, as manufacturers also sell directly to dealers or to fleet customers.

(28) With regard to the initial gross price lists of new trucks, all of the Addressees except Iveco applied a gross price list with harmonised gross list prices across the EEA . Renault introduced EEA price lists in 2000 but its implementation took some time, Volvo had an EEA price list since January 2002; DAF since September 2002; MAN since 2004; and Daimler since 2006. These initial EEA gross price lists were decided by the Headquarters. The EEA price lists contained the prices of all medium and heavy truck models as well as all factory-fitted options that the respective manufacturer offered.

(...)

(51) From 1997 until the end of 2004, the Addressees participated in meetings involving senior managers of all Headquarters (see for example (52)). In these meetings, which took place several times per year, the participants discussed and in some cases also agreed their respective gross price increases. Before the introduction of price lists applicable at a pan-European (EEA) level (see above at (28)), the participants discussed gross price increases, specifying the application within the entire EEA, divided by major markets. During additional bilateral meetings in 1997 and 1998 apart from the regular detailed discussions on future gross price increases, the relevant Addressees exchanged information on harmonising gross price lists for the EEA . Occasionally, the participants, including representatives of the Headquarters of all of the Addressees, also discussed net prices for some countries. They also agreed on the timing of the introduction of, and on the additional charge to be applied to, the emissions technology complying with EURO emissions standards. In addition to agreements on the levels of price increases, the participants regularly informed each other of their planned gross price increases. Furthermore, they exchanged their respective delivery periods and their country-specific general market forecasts, subdivided by countries and truck categories. In addition to the meetings, there were regular exchanges of competitively sensitive information by phone and email.

(52) The following examples of meetings illustrate the nature of the discussions, in particular between the Addressees at the Headquarter-Level during the early period of the infringement. On 17 January 1997, a meeting was organised in Brussels. It was attended by representatives of the Headquarters of all of the Addressees. The evidence demonstrates that future gross list price changes were discussed. During a meeting on 6 April 1998 in the context of an industry association meeting, which was attended by representatives of the Headquarters of all of the Addressees, the participants coordinated on the introduction of EURO 3 standard compliant trucks. They agreed not to offer EURO 3 standard compliant trucks before it was compulsory to do so and agreed on a range for the price additional charge for EURO 3 standard compliant trucks.

(53) On the upcoming changes to Euro price lists, the evidence shows further that all of the Addressees were involved in discussions about using the introduction of the Euro currency to reduce rebates. The parties involved discussed that France had the lowest prices and agreed that prices in France had to be increased ".

56.- De este modo, resulta que la conducta sancionada por la Comisión estribó en un acuerdo de fijación de precios brutos, con necesaria incidencia en la determinación de los precios netos o de venta al destinatario final del producto cartelizado según diré, en el mismo mecanismo de fijación y repercusión de precios que la Decisión describe, mientras no se pruebe lo contrario. Cuestión distinta es que el mecanismo de fijación



de precios contemplara otros factores adicionales para la determinación del precio final a satisfacer por el destinatario del producto. Pero el precio bruto de los camiones en cuestión estuvo cartelizado durante largo tiempo y eso, ontológicamente, tuvo consecuencias en el precio neto al menos mientras, insistiré en ello, Mercedes España no demuestre lo contrario. La misma Decisión refiere que en algunos casos llegaron a negociarse precios netos. Esta misma conclusión es igualmente predicable respecto de la segunda de las infracciones constatadas, la repercusión de sobrecostes por implementación de nuevas tecnologías. Lo explica así la STJUE (Tribunal General, Cámara Cuarta), asuntos T-379/10 y 381/10, de 16/9/13:

"(60) First of all, in general terms, indicative prices in price lists serve as starting point for subsequent negotiations with customers. Consequently, whatever the purchasing power of the wholesaler on the bathroom fittings and fixtures markets may have been, the annual coordination of those prices between manufacturers is liable to have influenced the level set for the transaction prices paid initially by those wholesalers and, subsequently, by the end consumer".

57.- Es cierto que la Decisión también señala lo siguiente:

"(82) It is settled case-law that for the purposes of Article 101 of the TFEU and Article 53 of the EEA Agreement there is no need to take into account the actual effects of an agreement when it has as its object the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market and/or EEA, as applicable. Consequently, in the present case it is not necessary to show actual anti-competitive effects as the anti-competitive object of the conduct in question is proved".

58.- Pero, insistiré también en ello, eso solo revela lo innecesario de que la autoridad de competencia examine la incidencia material de las prácticas que fiscaliza por razón de su objeto, a los efectos de sancionar esa clase de conductas que, por sí mismas, distorsionan la libre competencia en el mercado (en el párrafo 80 de la decisión y con remisión a las SSTJUE C-67/13 y 286/13). De eso, por el extremo de que los efectos de la conducta en cuestión no hayan sido cuantificados, no debe seguirse que esa conducta no sea susceptible de generar daño y que, por tal razón, deba acreditarse el hecho del daño en un proceso *follow on* posterior o, en menor medida, que se excluya de manera absoluta la presencia de nexo causal entre infracción y el daño que se invoque en ese proceso. Lo explica así Alfaro, J., (*"La distinción entre infracciones por el objeto y por sus efectos en el art. 101 TFUE y algunos ejemplos de la práctica de la CNC"*, Almacén de derecho, 1 de agosto de 2012):

"Y, en nuestra concepción, igualmente, está justificada la doctrina jurisprudencial según la cual, en relación con las restricciones por el objeto no es necesario probar efecto alguno para sancionarlas. Es tan simple como que el cártel es el instrumento del que se valen varias empresas para obtener poder de mercado. Por tanto, se puede presumir que, si no fuera por el acuerdo, las empresas no podrían obtener el resultado perseguido de aumentar el precio o repartirse los clientes. Una vez comprobado que se han puesto de acuerdo, no es necesario probar que, gracias al acuerdo, las empresas han conseguido el resultado perseguido. Si no fuera plausible, no habrían llegado al acuerdo en primer lugar".

59.- El efecto vinculante de la Decisión se proyecta respecto de los hechos que constata. De nuevo, la línea de defensa de la demandada parte de una asunción inexacta de lo resuelto por la Comisión y, de seguir su propio desarrollo argumental, podría llegarse a la conclusión de que en este caso no es posible articular una acción *follow on*, sino solo una *stand alone*, puesto que la infracción sancionada no es de la especie que genera daños. Pero la Decisión ha constatado hechos de los que, razonablemente, sí puede inferirse la afectación material del mercado, aunque la Comisión no haya medido de manera concreta esos efectos para desarrollar la finalidad sancionatoria en el caso, porque la aplicación pública del derecho de la competencia no lo exigía así. Vemos que la Comisión ha hecho algo más que describir una infracción por objeto consistente en el intercambio de información sensible entre competidores pues, incluso en la versión no confidencial de su Decisión, refiere de manera más minuciosa la existencia de acuerdos concretos sobre alteración de precios y su incidencia material en el mercado, eso sí, sin cuantificar esos efectos. La Decisión no describe, en ningún caso, un cártel inocuo. Por el contrario, la Decisión describe un cártel generador de sobreprecio, es decir, de daño. Esos son los hechos relevantes y la interpretación correcta de la Decisión, según resulta de su efecto vinculante. ¿Qué significa eso para nuestro proceso *follow on*?

60.- He identificado que el régimen aplicable para la solución del caso es el de la regla general de responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC, matizada en su interpretación conforme con el contenido de la Directiva de daños. He señalado que en la aplicación privada del derecho de la competencia con invocación de esa regla general de responsabilidad se diluían algunos de sus elementos típicos. En nuestro caso, la acción, la culpabilidad, el nexo causal, son elementos cuya constatación material y relevancia jurídica se consumen en el efecto vinculante de la Decisión, el juicio de imputación del que resulta la legitimación pasiva de la



demandada y, en fin, por la adquisición por el actor de un camión de la clase de los afectados por los acuerdos colusorios, todo ello sin necesidad de motivación más prolija.

61.- A su vez y respecto del daño, en ese régimen que ya no es el vigente, se reconocía la vigencia de la regla *ex re ipsa*. Por la sola invocación de la regla y el hecho cierto de la comisión del ilícito, no se lograba presumir a modo de aserto la existencia del daño en todos sus extremos: su cuantificación. Pero, por la aplicación de la regla a un proceso *follow on* en concordancia con asunciones razonables traídas del caso en cuestión, sí se lograba una interpretación flexible de los materiales probatorios que podían permitir, hipotética pero fundamentadamente, reconocer la existencia del daño seguido de la infracción, con alteración de las cargas probatorias para exigir al demandado la tarea de enervar la eficacia de la presunción (en la Sentencia del cártel del azúcar y en las SSJM núm. 3 de Barcelona, de 6 de junio, 5 y 10 de septiembre de 2018 y SSJM núm. 7 de Barcelona, de 6 de junio de 2018).

62.- Sin embargo, ese régimen debe actualizarse aquí en su interpretación conforme al vigente, para lograr que no se frustre la aspiración de efectividad que asume la Directiva de daños en materia de distribución de cargas probatorias pues, en ese extremo, la Directiva recoge el acervo sustantivo anterior y toma esa presunción *ex re ipsa* para desarrollarla y positivizarla, con una funcionalidad añadida en el proceso.

63.- En efecto, el art. 17 de la Directiva, que no es un instrumento sustantivo o procesal novedoso, sino la consumación de la evolución del plano sustantivo y procesal anterior mediante su expresión más precisa, señala que cada uno de los intervinientes en el proceso, entre los que se incluyen al juez, tienen una función distinta en relación con la articulación de esa presunción *ex re ipsa* y la actividad probatoria a desarrollar en el caso. Así, el precepto positiviza el núcleo de la presunción, cuando señala que en un proceso *follow on* seguido tras las infracciones de cárteles se presume, a favor del actor que ha entrado en relación con el cártel, la existencia de daños susceptibles de compensación. Entonces es el demandado quien está llamado a acreditar que esos daños no se han producido. A su vez, porque en el proceso ya se presume la existencia de esos daños, el actor no debe esforzarse en probar su efectiva producción: le basta con cuantificarlos de manera razonable. Por fin, la evolución de la presunción *ex re ipsa* se consume en escenarios de dificultad probatoria, donde los jueces están facultados para estimar la cuantificación de esos daños, lo que supone ir más allá de la mera asunción de un criterio de valoración probatoria consistente en aceptar la recreación por el actor de escenarios hipotéticos de cuantificación, aunque no pueda desentenderse de las alegaciones y labor de prueba realizadas por las partes. Los jueces pueden desarrollar de forma autónoma esa facultad estimativa sin lesión del principio dispositivo o los deberes de congruencia mientras, partiendo de ese esfuerzo previo de las partes, ofrezcan una motivación particular sobre el ejercicio de su facultad estimativa. Lo explica así Martorell Zulueta, P., ("*Culpabilidad y daños: cuantificación y reparación integral*" en Acciones *follow on*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 95):

"De la Directiva 2014/14 (artículo 17) y de su transposición a nuestro ordenamiento jurídico (art. 76.2 de la LDC), resulta la expresa atribución al Juez de la potestad de cuantificar por sí mismo el daño cuanto, acreditado que el demandante sufrió daños y perjuicios (presupuesto inicial que se acompaña de la presunción del apartado 3 del mismo precepto) "resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlos con precisión en base a las pruebas disponibles".

Es obvio que no basta alegar la mera imposibilidad o la dificultad de cuantificación del daño, porque esta facultad no está desconectada de los principios que configuran el sistema que atribuye al demandante la carga de la prueba de los daños y perjuicios sufridos y de la relación de causalidad respecto de la infracción del derecho de la competencia a la que se anudan. Ello implica la necesidad de argumentar y probar.

Lo que se pretende es dotar al juez de un instrumento de flexibilización respecto a la exigencia probatoria y de valoración de los informes periciales en términos de probabilidad y no de certeza, dado que se parte siempre de la comparación entre una situación real y la reconstrucción hipotética de un escenario que no lo es (estado de las cosas sin infracción). La facultad que se atribuye a los tribunales se sitúa en el contexto de la valoración del conjunto de las pruebas practicadas y en conexión con el método de las presunciones a que se refieren los arts. 385 (en conexión con la presunción del artículo 76.3 de la LDC) y 386, ambos de la LEC . Y en cualquier caso exige el cumplimiento del deber de motivación que resulta del art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ".

64.- Todo eso significa que, en este proceso, resueltas las cuestiones de determinación del régimen aplicable, vigencia de la acción, legitimación pasiva de la demandada e interpretación de la Decisión, este es el sustrato anterior a la valoración de los materiales probatorios en mi proceso de convicción: la adquisición del camión por el actor estuvo afectada por un cártel que fijaba precios, de modo que, con invocación de la regla *ex re ipsa* matizada por la interpretación conforme de esa regla con la Directiva de daños, cabe afirmar que el actor sufrió daños a resultas de esa conducta, que el demandado es el obligado a probar que esos daños no se produjeron, que el actor es el obligado a cuantificarlos de manera hipotética pero razonable y que, por fin, puedo fijar una

estimación relativa de esos mismos daños si constato un escenario de dificultad probatoria, tras valorar el esfuerzo probatorio realizado por cada una de las partes en tal sentido.

Sexto.- Valoración de dictámenes periciales.

65.- Aquí practicaré la valoración de los dos elementos de prueba más relevantes para la solución del caso, que son los dictámenes periciales presentados por la parte actora (Sr. Ceferino /Perito Judicial Group) y la demandada (Sra. Evaristo /E.CA Economics).

66.- El Sr. Ceferino desarrolla un análisis teórico sobre las características de un cártel, los elementos que cabe tomar en consideración para la cuantificación de los daños que normalmente se desprenden de la existencia de un cártel y realiza una larga serie de afirmaciones a propósito del mercado cartelizado tales como su inclinación a la colusión, las características de los camiones y otros extremos análogos. Propone igualmente una descripción de los modelos econométricos admitidos por el estado de la ciencia y recomendados por la Comisión para la cuantificación de daños, pero no desarrolla ninguno de ellos en el caso concreto, pues precisamente persigue relacionar todas esas consideraciones teóricas iniciales con la imposibilidad que, según afirma, existe en el caso para el empleo concreto de esos modelos, proponiendo que la cuantificación debe desarrollarse de acuerdo con las aportaciones de literatura científica que desgrana (Smuda, F., "*Cartel overcharges and the deterrent effect of EU Competition Law*", *Journal of Competition Law and Economics*, 2013). También estima cuáles puedan ser los costes de fabricación por implementación de mejoras tecnológicas asociadas a la normativa de emisiones de camiones con recurso a otras aportaciones de la misma naturaleza. Por fin, en una segunda parte del informe (pp. 71-75) se dedica a la cuantificación concreta del daño. Respecto del daño por sobreprecio, aplica al precio de compra del camión la media ponderada que extrae del primer texto científico citado (20'7%). Respecto del daño por repercusión de sobrecostes de implantación de nuevas tecnologías, aplica el coste total de aplicación según esas otras aportaciones científicas como concepto de sobrecoste abonado por el actor. En ambos casos contempla "*sobrecoste (por) tasa impositiva*".

67.- El informe de E.CA Economics es fiel a su título ("*Análisis de las reclamaciones de daños y perjuicios supuestamente derivados de la conducta de los fabricantes de camiones sancionados por la Comisión Europea*") y, por eso, supone poco más que una simple contestación del dictamen suscrito por el Sr. Ceferino. Pero no desarrolla *strictu sensu* una cuantificación alternativa del daño eventualmente sufrido por el Sr. Juan Antonio. El informe critica con dureza la construcción metodológica del informe del Sr. Ceferino (pp. 69-97), del que censura que asume erróneamente un cálculo de sobrecostes basado en cuestiones ajenas a la infracción sancionada por la Comisión y que desarrolla presunciones sobre la existencia de daños que no resultan averdadas, rechaza la doble contabilización de supuestos incrementos de precios por introducción de nuevas tecnologías, la sobreestimación de daños que se produce como consecuencia de lo anterior, la omisión del impacto de la repercusión del daño sufrido y la falta de cualificación profesional adecuada y experiencia para que el texto pueda considerarse mínimamente riguroso. Previamente (pp. 16-69), el informe se afana en la descripción de una suerte de "escenario de plausibilidad" sobre la eventual posibilidad de que la conducta sancionada por la Comisión hubiera producido un aumento del precio neto satisfecho por el Sr. Juan Antonio para la adquisición de su camión, que rechaza. El informe expresa, con un tratamiento sistemático preciso y claro, cuáles son las causas que abocan ese "test de plausibilidad" a ese resultado. El texto afirma que la infracción sancionada por la Comisión estribó en una infracción por objeto cuyos efectos consistieron en un intercambio de información respecto de las listas de precios brutos, que no afectó a los precios netos finales satisfechos por clientes como el actor (pp. 16-21); que la determinación de los precios netos en el mercado de camiones y, particularmente, para el caso del grupo Daimler responde a un haz de factores complejo (pp. 22-29); que el mercado de camiones no es permeable a un tipo de colusión distinta de la únicamente reconocida por razón de la complejidad y elevado grado de diferenciación de los camiones entre sí, por la dispersión y opacidad de sus precios netos y otro cúmulo de circunstancias desfavorables (pp. 29-46); que el análisis empírico de los cambios de los precios brutos y en los precios netos demuestra la falta de correlación entre precios brutos y netos, conclusiones igualmente predicables respecto de los costes de introducción de nuevas tecnologías relacionadas con el control de emisiones (pp. 46-65).

68.- Los criterios jurisprudenciales para la valoración de materiales periciales de estas características pueden extraerse de la Sentencia del cártel del azúcar, que en su fundamento jurídico séptimo dispuso:

"3.- Frente a este informe pericial, el elaborado por la demandada parte de bases inaceptables, como son las de negar la actuación del cártel, negar las subidas concertadas de precios y negar por tanto la existencia de sobreprecio.

En cuanto a la crítica del método valorativo utilizado en el informe pericial de las demandantes, pone de manifiesto la imposibilidad de realizar una reproducción perfecta de cuál hubiera sido la situación si no se hubiera



producido la conducta ilícita, pero eso es un problema común a todas las valoraciones de daños y perjuicios que consisten en proyecciones de lo que habría sucedido si la conducta ilícita no hubiera tenido lugar. Es lo que la propuesta de Directiva llama la comparación entre la situación real, consecuencia de la práctica restrictiva de la competencia, y la "situación hipotética contrafáctica", esto es, la que hubiera acaecido de no producirse la práctica ilícita. Para la propuesta, esta dificultad no debe impedir que las víctimas reciban un importe de indemnización adecuado por el perjuicio sufrido sino que justificaría una mayor amplitud del poder de los jueces para estimar el perjuicio.

Lo exigible al informe pericial que aporte la parte perjudicada es que formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos. La Sala entiende que el informe del perito de las demandantes contiene ambos elementos y que por tanto, a falta de otra hipótesis alternativa que pueda considerarse mejor fundada, la valoración de los daños realizada en dicho informe ha de considerarse razonable y acertada.

En un caso como el que es objeto del recurso, en que la demandada ha realizado una conducta ilícita generadora de daños, puede afirmarse con carácter general que no es suficiente que el informe pericial aportado por el responsable del daño se limite a cuestionar la exactitud y precisión de la cuantificación realizada por el informe pericial practicado a instancias del perjudicado sino que es necesario que justifique una cuantificación alternativa mejor fundada, especialmente por el obstáculo que para la reserva de la liquidación de los daños y perjuicios a la ejecución de sentencia suponen las previsiones contenidas en los arts. 209.4 y 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Otra solución sería difícilmente compatible con el principio jurídico que impone compensar los daños sufridos por la actuación ilícita de otro y la tutela efectiva que debe otorgarse al derecho del perjudicado a ser indemnizado".

69.- A su vez, la Comisión ha dotado a los jueces de diversos textos para acompañar su labor de valoración de informes de expertos y estimación de daños en procesos *follow on* : "Quantifying antitrust damages" (2009, "Oxera"), "Guía práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los arts. 101 o 102 del TFUE " (2013, "Guía práctica") y el "Study on the passing-on of overcharges" (2016, "Estudio passing-on").

70.- Este juzgado ha tenido la oportunidad de rechazar el poder de convicción de un informe como el suscrito por el Sr. Ceferino (SJM núm. 3 de Valencia, de 20 de febrero del presente). En efecto, como sucediera en ese caso, el informe del Sr. Ceferino no es útil para formar convicción suficiente sobre el alcance de los daños sufridos por el actor a resultas de la conducta cartelizada de la demandada. La recreación de un escenario hipotético pero que, de forma razonable, dibuje la anatomía de un mercado sin infracción y de modo que, de ese escenario y en su comparación con el escenario infractor que es el conocido a través del precio satisfecho por la adquisición del camión, pueda estimarse el daño que el actor sufrió por la conducta cartelizada de la demandada, no se contenta con la extrapolación del sobre coste medio observado por estudios científicos sobre el impacto habitual de los cárteles en nuestro entorno. Ese no es un esfuerzo que, más allá de la consideración del precio de venta del camión en cuestión, que parte de la factura que custodia el actor, tome en consideración *datos contrastables y no erróneos* relacionados con las circunstancias del caso. Los textos científicos son una herramienta útil en la estimación de daños, pero no en la recreación de un escenario contrafactual, que es la manera de observar el daño sufrido por el actor en los métodos de cuantificación óptimos para la Guía práctica.

71.- En efecto, sobre el valor que puedan desplegar por sí solas las conclusiones de esa clase de estudios, la Guía práctica señala que:

"(145) Estas conclusiones de los efectos de los cárteles no sustituyen a la cuantificación del perjuicio específico sufrido por los demandantes en un asunto concreto. Sin embargo, los tribunales nacionales, basándose en este conocimiento empírico, han declarado que es probable que, por regla general, los cárteles den lugar a costes excesivos y que cuánto más duradero y sostenible ha sido un cártel, más difícil le resultaría a un demandado alegar que no había habido un impacto negativo sobre los precios en un caso concreto. Tales inferencias, no obstante, competen a las normas jurídicas aplicables".

72.- De este modo, la literatura científica más autorizada sobre la constatación de los efectos de los cárteles en el mercado puede desarrollar un papel relevante en la valoración de los dictámenes periciales traídos al proceso, para medir su grado de plausibilidad o discriminar su mayor o menor fundamentación en su contraste con los dictámenes de expertos traídos por el resto de partes intervinientes (en las SS SSJM núm. 3 de Barcelona, de 6 de junio, 5 y 10 de septiembre de 2018 y en la SJM núm. 7 de Barcelona, de 6 de junio de 2018). Todos esos estudios reafirman el sustrato empírico de la presunción *ex re ipsa* : los cárteles causan daño mientras no se demuestre lo contrario. Pero ninguno de esos estudios puede sustituir la recreación de un escenario contrafactual según las circunstancias particulares del caso.



73.- En adición a lo anterior, puedo compartir la mayor parte de las críticas a este dictamen pericial que el informe E.CA Ecomics igualmente censura, también en el contraste de la pobre intervención del Sr. Ceferino durante el acto de la vista frente a la contundencia y solidez de los argumentos para la crítica de su informe pormenorizados por la Sra. Evaristo .

74.- Sin embargo, aunque no formaré mi convicción desde las conclusiones del informe presentado por el Sr. Ceferino , no dirigiré censura alguna a la actora en términos de carga probatoria pues, según las circunstancias del caso y las dificultades que señalaré, el informe del Sr. Ceferino reúne al menos el valor de cuantificar efectivamente los daños sufridos por el actor.

75.- Del mismo modo (en la misma sentencia citada) este juzgado ya ha tenido igual oportunidad de rechazar el valor probatorio, más allá de la crítica del dictamen de la contraparte, de un análisis pericial como el formulado por E.CA Economics, en un triple sentido:

(i) El informe de E.CA Economics es, abiertamente, una mera crítica del informe del Sr. Ceferino . Eso supone una lesión directa de la doctrina sentada por la sentencia del cártel del azúcar sobre la actividad probatoria que cabe exigir al demandado cartelista.

(ii) El informe de E.CA Economics se asienta sobre una interpretación inexacta de la infracción constatada por la Comisión. Eso supone otra lesión directa de la doctrina sentada por la sentencia del cártel del azúcar.

(iii) El informe de E.CA Economics tampoco desarrolla ninguno de los modelos previstos en la Guía práctica para acreditar la inexistencia de daño.

76.- El informe de la parte demandada no es uno de cuantificación de daños (en su caso, a cero), sino de refutación del estudio aportado por la actora, en tres fases de análisis. Una primera de interpretación de la Decisión, para enfatizar que únicamente resolvió la apreciación de una infracción por objeto que consistió en la transmisión de información sobre precios brutos e implementación de nuevas tecnologías, si bien durante el acto de la vista la Sra. Evaristo reconoció que -con carácter puntual y menor- se podrían haber producido concertaciones de precios. Una segunda, esa de recreación de un "escenario de plausibilidad", que no es sino una mera enumeración de las dificultades hipotéticas que frustrarían en el mercado de camiones la efectividad de un acuerdo de fijación de precios, hasta el extremo poco creíble de convertir indefectiblemente un acuerdo de esa especie -el que se desprende de la narración de hechos de la Decisión- en un acuerdo de contenido imposible. Una tercera, de pretendida confirmación empírica de esa afirmación anterior, ciertamente desenfocada: no se debería de tratar aquí de medir la plausibilidad de la presencia en el mercado de los "factores de frustración" de un acuerdo de fijación de precios, sino de demostrar empíricamente a través de cualquier de los métodos recomendados por la Comisión que esa alineación de precios no se ha producido, partiendo de la plenitud de fuentes de información de las que disponía la parte demandada en el proceso. Nada de todo esto resta valor a las críticas que se vierten respecto del informe presentado por la actora. Lo que ocurre es que en este proceso, de acuerdo con las características de la infracción sancionada, se parte de la presunción de que la conducta de la demandada causó daños a la actora en forma de sobreprecio y repercusión de sobrecostes de implementación de tecnologías.

77.- En efecto, el informe de E.CA Ecomics parte de un error de principio al considerar, como primer presupuesto de análisis, que en el caso no puede apreciarse la generación de un daño al actor porque la infracción constatada por la Comisión es de una especie que no los causa. Es cierto que, después, el dictamen se conduce con honestidad intelectual cuando pretende la confirmación empírica de esa asunción previa. Pero ya he señalado que, en mi opinión, esa pretendida comprobación empírica no se proyecta respecto del contraste de la evolución de los precios brutos y netos en los momentos anteriores, durante y posteriores al cártel, en el método óptimo para constatar la ausencia de daños. Tampoco sobre ningún otro modelo econométrico concreto. Lo que persigue constatar empíricamente la perito es la presencia de eso ha lo que he dado en llamar aquí "factores de frustración" de un acuerdo de fijación de precios. Se trata de una conclusión reitera en las explicaciones asequibles de la Sra. Evaristo durante el acto de la vista, a modo de afirmación que puedo considerar sólidamente sostenida en las pp. 46-65 de su informe: que en el mercado de camiones, de acuerdo con su especificidad, no es plausible que un incremento del 100% del precio bruto de una clase y modelo de producto determinado se traduzca, a su vez y a modo de automatismo, en un incremento del 100% del precio neto satisfecho por el destinatario final del producto. Bien puede ser así en la representación ideal de ese mercado que se asume en el dictamen (complejidad del producto, heterogeneidad de los descuentos, heterogeneidad entre los distintos países, listas de precios nacionales diversas). Pero eso no excluye, primero, la existencia de un pacto de fijación de precios brutos y, después, la relación en una proporción distinta entre los precios brutos fijados de manera no competitiva y los precios netos finalmente satisfechos por clientes como el Sr. Juan Antonio .



78.- Sin el desarrollo de un método de cálculo de daños -o de ausencia de daños- que parta de la comparación de la evolución de listas de precios brutos y netos (o evolución de costes de producción o cualquier otro modelo econométrico aceptable), las asunciones cuantitativas de la Sra. Evaristo son parciales y las cualitativas fácilmente refutables, así:

(i) Que la fijación de un precio bruto para un producto es una magnitud sin incidencia respecto de la fijación del precio neto del mismo producto, como si esta segunda clase de precios fuera una entidad autónoma, desgajada y alejada de los precios de la primera clase, que, por el contrario y necesariamente al menos en algún punto, deberían ser su origen (según lo constatado por la Decisión en sus párrafos 27 y 28, ya reproducidos, sobre los mecanismos de fijación de precios).

(ii) Que el intercambio de información sobre un elemento de producción sensible entre los competidores de un mismo mercado (por ejemplo, el precio de sus productos), con la finalidad confesada de homogeneizar ese elemento de producción entre todos esos productores y en el conjunto del mercado en el que intervienen, es un esfuerzo que difícilmente conseguirá el objetivo perseguido, pese a que esos mismos productores dispongan una infraestructura que busque ese resultado de manera sostenida en el tiempo (afirmación que, además de ilógica, es contraria a lo constatado por la Decisión en su párrafo 2, ya reproducido, sobre el ámbito objetivo de la infracción).

(iii) Que en el contexto de esa infraestructura de comunicación, cooperación y pacto sostenida durante largo tiempo (cártel) los productores son incapaces de coordinar y condicionar su actividad económica, precisamente, en aquellos aspectos que han motivado la creación de esa infraestructura y los acuerdos alcanzados por el grupo (afirmación que, además de ilógica, es contraria a lo constatado por la Decisión en sus párrafos 51-53, ya reproducidos, sobre el alcance material de la infracción).

(iv) Que la complejidad de los productos del mercado en cuestión interviene como una barrera última e insalvable para fiscalizar la conducta de los productores incluidos en el grupo, cuando precisamente una de las premisas de funcionamiento del grupo ha sido hacer transparente ese mercado sobre sus extremos que se dicen más complejos, esfuerzo constatado después por la autoridad de competencia en la fiscalización del funcionamiento del grupo (afirmación que, además de ilógica, es contraria a lo constatado por la Decisión, aquí: *"(48) Similarly, the exchange of configurators helped the comparison of own offers with those of competitors, which further increased the transparency of the market. In particular, it could be understood from the truck configurators which extras would be compatible with which trucks, and which options would be part of the standard equipment or an extra. All of the Addressees, with the exception of DAF, had access to the configurator of at least one other Addressee. Some configurators only granted access to technical information, such as bodybuilder portals, and did not include any price information"*).

(v) Que en el contexto de un grupo que compartimenta el mercado comunitario operando en cada mercado local a través de una sociedad filial y nacional de ese mercado, resulte incompatible con la transmisión del daño en forma de sobreprecio el extremo de que un mismo producto pueda venderse al destinatario final en unas u otras condiciones económicas según que la adquisición se produzca en uno u otro mercado compartimentado nacional.

(vi) Que la posibilidad de aplicar descuentos a un precio neto calculado sobre la base de otro bruto que no ha sido fijado en condiciones de competencia, convierte un mercado no competitivo en otro que sí lo es, de manera espontánea y mientras la infraestructura creada por el grupo permanece en funcionamiento (afirmación que, además de ilógica, es contraria a lo constatado por la Decisión en su párrafo 25, ya reproducido, sobre la implementación de los acuerdos del cártel a través de la red de filiales y concesionarios de venta al público).

(vii) Que la relevancia o irrelevancia del poder de negociación de un comprador de un producto cartelizado debe ser considerada según su posibilidad de obtener descuentos en el precio de venta no competitivo predispuesto por el grupo, si esa magnitud, el descuento, es estructural y constante en ese mercado y por todo ello prededucible; y no por la imposibilidad de adquirir un producto homogéneo y no afectado por la práctica anticompetitiva, es decir, de un productor no incluido en el grupo y liberado a su vez del posible efecto paraguas. Todo en el contexto de un mercado cartelizado respecto de la práctica totalidad de los productores de la misma clase. De las afirmaciones de la propia perito Sra. Evaristo resulta que la concesión de descuentos era un elemento habitual en el mercado y, por ello, por su prededucibilidad, poco relevante para acreditar la imposibilidad de transmisión de sobrecostes, de lo que se infiere de manera evidente que el descuento únicamente respondía a un sentido o vocación comercial de sugestión de los clientes y no de auténtica posición de fuerza de estos o de afectación en los procesos de determinación de precios de la demandada y demás empresas cartelistas. En realización con este apartado, considero poco relevante la fluctuación de cuotas de mercado que se resumen en la p. 11 del dictamen y que, en cualquier caso, refieren mínimas transmisiones de cuotas de clientes entre empresas infractoras (en la cita de Iveco, Renault o Volvo,



también en la aportación documental de los anexos en los que también se aporta documentación sobre Man o Scania).

(viii) Pero en el eslabón último del razonamiento de E.CA Economics puede advertirse un corolario igualmente inconcluyente. Si los destinatarios finales del producto cartelizado no podían resultar en ningún caso perjudicados por la conducta cartelizada de los fabricantes europeos de camiones, ¿a quién habría potencialmente perjudicado esa conducta? ¿A sus empresas filiales? ¿A los concesionarios que se relacionaban con ellas? Sin embargo, incluso constatar esa circunstancia no excluiría la posibilidad de que destinatarios de la clase de los del actor hubieran sufrido daños, a modo de perjudicados indirectos y de acuerdo con una interpretación conforme de la regla *ex re ipsa* con la presunción del art. 14.2 de la Directiva de daños.

(ix) En definitiva, no se trata de un problema de distancia entre precios brutos y netos o de la presencia de otros factores de afectación de ese precio neto, sino de transmisión de un daño en forma de sobreprecio. El informe de la demandada no logra desvirtuar la falta de transmisión de ese daño o su absorción íntegra y sin repercusión por un tercero distinto del actor, anterior en su contacto con el producto cartelizado, porque las conclusiones que el perito ofrece sobre esos extremos son de naturaleza cualitativa y los elementos cuantitativos que se desgranaban en el informe no se disponen para la recreación de un método alternativo de cuantificación del daño del que asume el actor, sino únicamente para constatar la presencia de factores que imposibilitarían el incremento del precio neto satisfecho por el Sr. Juan Antonio en una correlación del 100% entre precios brutos y netos.

79.- He advertido que la adquisición del camión por el Sr. Juan Antonio estuvo afectada por un cártel que fijaba precios, de modo que, con invocación de la regla *ex re ipsa* matizada por la interpretación conforme de esa regla con la Directiva de daños, ese actor sufrió daños a resultas de esa conducta. Por eso, el demandado es el obligado a probar que esos daños no se produjeron y el actor el obligado a cuantificarlos de manera hipotética pero razonable.

80.- El demandado no ha probado que la conducta cartelizada no causara daños al actor. He considerado insuficiente la cuantificación de daños que aporta el actor. Conservo entonces la presunción de que la conducta cartelizada causó daños al actor en forma de sobreprecio y repercusión de sobrecostes, a modo de hecho probado para el fin del proceso. Ahora debo examinar si en el caso concurre un escenario de dificultad probatoria que me imponga recorrer el último estadio de la regla *ex re ipsa* en su interpretación conforme con la Directiva de daños: una estimación judicial de los daños sufridos por el actor.

81.- La Guía práctica explicita las dificultades probatorias inherentes a todo intento de cuantificación de los daños derivados de una conducta cartelizada. Así en su párrafo 12: *"Esta situación hipotética no puede observarse directamente y, por lo tanto, es necesario algún tipo de estimación para construir un escenario de referencia con el que comparar la situación real"*. También en su párrafo 17: *"la cuantificación del perjuicio en asuntos de competencia está, por su propia naturaleza, sujeta a limitaciones considerables en cuanto al grado de certeza y precisión que puede esperarse"*. Para eso recomienda el desarrollo de métodos alternativos de cuantificación. Describe diversos métodos comparativos, que son los que consisten en *"estimar lo que habría ocurrido de no haberse producido la infracción examinando periodos anteriores o posteriores a la infracción u otros mercados que no han sido afectados por la misma"* (en el párrafo 27). También otros de base no comparativa, que son los modelos económicos o los basados en los costes (en el párrafo 28).

82.- La posibilidad de desarrollar cada uno de esos métodos parte de la disponibilidad de datos suficientes al efecto. Pero no basta con eso. Después, la calidad de esos datos determina la fiabilidad de los resultados obtenidos con el estudio. Así en el Estudio *passing-on*:

"(439) The availability of suitable data is a key challenge to undertake the kind of empirical analysis described above. This will be an issue, in particular, where (absent a disclosure exercise) an expert may not have access to information in respect of other firms' costs and prices, especially where those firms are not parties to the relevant damages actions."

(...)

(599). National courts should consider a number of checks to probe the reliability of expert economic analysis. In general, reliability will depend on the quality of the information used and on the nature of the assumptions made in analysing that information. Both should be investigated".

83.- La posibilidad o imposibilidad de recurrir a un método de cálculo "sencillo", la disponibilidad o indisponibilidad de datos de calidad suficientes para el desarrollo de cualquier otro método, debe tener consecuencias jurídicas en el proceso, así en las recomendaciones de la Guía práctica:



"123. Debe insistirse en que solo es posible estimar, no medir con certeza y precisión, cómo habría sido probablemente el hipotético escenario sin infracción. De ningún método puede decirse que en todos los casos sería más adecuado que otros. Cada uno de los métodos descritos tiene sus propias características, ventajas e inconvenientes, que pueden hacerlo más o menos adecuado para estimar el perjuicio sufrido en unas circunstancias concretas. En particular, se diferencian en el grado de sencillez de aplicación, en el grado en que se basan en datos que resultan de interacciones reales del mercado o en supuestos basados en teoría económica y en la medida en que tienen en cuenta otros factores distintos de la infracción que puedan haber afectado a la situación de las partes.

124. En las circunstancias específicas de un asunto dado cualquiera, el enfoque adecuado para realizar la cuantificación debe determinarse con arreglo a las normas de derecho aplicables. Algunas de las consideraciones relevantes, además del nivel probatorio y la carga de la prueba con arreglo a la normativa jurídica aplicable, pueden ser la disponibilidad de datos, los costes y el tiempo que exigen y su proporcionalidad en relación con el valor de los daños y perjuicios que se reclaman. Los costes que deben considerarse en este contexto pueden ser no solo aquellos en que ha incurrido la parte sobre la que recae la carga de la prueba al aplicar el método, sino incluir también los de la otra parte para rebatir sus alegaciones y los costes para el sistema judicial cuando el órgano jurisdiccional evalúa los resultados arrojados por el método, posiblemente con la ayuda de un experto designado por el tribunal. Los costes y la carga para una parte perjudicada y su proporcionalidad pueden ser particularmente relevantes habida cuenta del principio de efectividad. Además, la decisión con arreglo a la legislación aplicable en cuanto a si debe utilizarse alguno de los métodos y técnicas descritos en la presente Guía práctica -y, en tal caso, cuál-, puede también depender de la disponibilidad de otras pruebas, por ejemplo, pruebas documentales presentadas por las empresas sobre sus actividades que demuestren que se aplicó realmente un incremento de precios acordado ilegalmente por determinado importe".

84.- De este modo, para determinar si en el caso se da una dificultad probatoria añadida a la inherente a la cuantificación de los daños seguidos de una infracción anticompetitiva, debe considerarse qué género de elementos probatorios tenía a su alcance la parte actora para desarrollar su intento de cuantificación de daños.

85.- La parte actora desarrolla su pericia de cuantificación partiendo de un único elemento probatorio relevante, que es la factura de adquisición del camión en cuestión. La parte demandada ha aportado igualmente una pericia, parcialmente documentada, habiendo ofrecido la práctica de una diligencia final de acceso a sus bases de datos, en un sentido extraño al sentido del art. 435 LEC (es esta parte quien ha creado la dificultad probatoria) y que solo evidencia dos extremos: que la demandada está en posesión de información sobre la evolución de sus precios y que esos materiales no han sido aportados a las actuaciones. También es cierto que la parte actora, concedida la oportunidad de solicitar la práctica de una diligencia final como la sugerida por la demandada, desechó tal solicitud. Bien, eso solo determina la pérdida de la oportunidad de obtener una constatación de que su informe de cuantificación, que se rechaza en esta instancia, es plausible y puede formar la convicción judicial para la estimación de la demanda en sus propios términos. No se ha practicado prueba distinta de la reproducción de la prueba documental, ni de la crítica oral de los informes periciales.

86.- No puedo hacer responsable de ese escenario de dificultad probatoria al Sr. Juan Antonio quien, para la preparación de este proceso, únicamente se encontraba en posesión de una escueta factura que apenas expresa conceptos distintos del modelo del camión adquirido y del precio satisfecho por tal concepto. Tampoco puedo afirmar que ese escenario de dificultad probatoria persista en el proceso a resultas de su pasiva conducta procesal, por cuatro razones:

(i) La primera carga probatoria del Sr. Juan Antonio es la de la cuantificación del daño, pero como una etapa procesal subsiguiente de otra primera y más importante, que no le incumbe a él sino a la demandada y que ésta ha desatendido: la carga de probar que la conducta sancionada no ha causado daños.

(ii) En mi opinión, se desnaturaliza el mecanismo de indagación del art. 283 bis LEC si se quiere ver en él un instrumento de necesaria invocación previa a la interposición de una acción *follow on*, hasta el punto de que su falta de invocación en esa labor de preparación de la demanda, que es lo que ha sucedido aquí, deba determinar su desestimación.

(iii) Porque, de nuevo en mi opinión, la regulación de ese mecanismo de averiguación asume como objetivo la protección de los programas de clemencia, de manera que no puede usarse para obtener de la autoridad de competencia los materiales más relevantes, que por el contrario no son necesarios para desarrollar un juicio presuntivo que tome su base en la pasividad procesal de la parte demandada, en menor medida para desplazar a la autoridad de competencia el peso del cálculo de los daños que puedan ser reclamados en ejercicio de una acción *follow on*. Del mismo modo, el mecanismo del art. 283 bis LEC no sirve para la coacción del futuro demandado: el requerido puede válidamente resolver no colaborar con el proceso de averiguación lo que, eso sí y de nuevo en mi opinión, abocará al proceso subsiguiente a una aplicación plena de la regla *ex re ipsa*.



(iv) Porque la propia Sra. Evaristo pareció reconocer la insuficiencia de los datos consignados en la factura para la obtención de elementos de cognición suficientes con los que desarrollar un método econométrico de cuantificación que, en cualquier caso, no parece que pueda exigirse al actor en un escenario como el presente, de tan acusada asimetría.

87.- En efecto, el establecimiento de un umbral más rígido o más laxo sobre ese escenario de dificultad probatoria y las conclusiones que de él puedan extraerse debe ser respetuosa con dos nociones que le son anteriores: el principio de efectividad y la normal existencia de una asimetría informativa entre las partes en el proceso.

88.- De este modo, constato un escenario de dificultad probatoria que no puede reprocharse al Sr. Juan Antonio y que interviene como presupuesto para desarrollar en el caso una estimación judicial de los daños causados por la demandada, como corolario de la presunción que esta no ha refutado. Partiendo de los materiales probatorios habidos en las actuaciones, que son insuficientes, esa labor de estimación judicial solo puede conducirse con arreglo a los textos que la Comisión ha proporcionado a los jueces europeos para guiar su labor en la aplicación privada del derecho de la competencia.

89.- Una empresa cartelista también es beneficiaria del principio de efectividad que establece la Directiva de daños. La regla de indemnidad debe excluir, de igual manera, escenarios de sobrecompensación tanto como los de infracompensación. Sin embargo, sin alteración de esas reglas de indemnidad y efectividad, hay consecuencias que normalmente deben seguirse de escenarios de insuficiencia probatoria. Porque se parte de la presunción de que los cárteles causan daño, una parte demandada que niega la existencia de la infracción, rechaza la aplicación de la regla legal de presunción, incumple las cargas procesales que se derivan de esa regla, resuelve no cooperar con la clarificación de los hechos relevantes para la solución del caso, limita su actividad probatoria a la tacha de los intentos de cuantificación realizados por un actor con pocas posibilidades o no presenta una auténtica cuantificación contradictoria, se ubica en situación de sufrir esas consecuencias. El derecho de defensa que asiste a cualquier demandado le permite desarrollar una estrategia procesal basada en la negación de los presupuestos de la acción de que se trate u otra de mera interferencia en la actividad probatoria del demandante en cuestión. Pero, en la aplicación privada del derecho de la competencia, la regla de vinculación a lo resuelto por la autoridad de competencia, el principio de efectividad, el juego de presunciones o la distribución de funciones procesales basadas en la constatación de asimetrías informativas, pueden determinar que, en escenarios como el presente, el juez haga uso de sus facultades de estimación relativa de los daños sufridos por ese actor, que son el corolario de la regla *ex re ipsa* en su formulación plena y conforme con la Directiva de daños.

Séptimo.- Estimación judicial de los daños sufridos por el Sr. Juan Antonio .

90.- Para desarrollar esta función judicial de estimación relativa voy a partir de los siguientes elementos:

- (i) El hecho probado del precio de adquisición del camión afectado por la conducta colusoria.
- (ii) La distribución porcentual de umbrales de sobreprecio aplicados por cárteles que fijan sobreprecios, en el informe adecuado de la Comisión (Oxera).
- (iii) Las recomendaciones de la Comisión sobre criterios de plausibilidad en la estimación de daños o margen de error estadístico de muestreo.

91.- El Sr. Juan Antonio abonó el importe de 90.000 euros más IVA para la adquisición del camión.

92.- En la distribución de sobreprecios aplicados por cárteles la Comisión acepta (Oxera, con depuración del muestreo de aportaciones empíricas anteriores para obtener resultados más conservadores) que el 93% de los cárteles aplican un sobreprecio superior al 0%, así (p. 91):

"In 93% of the cases, the overcharge as a percentage of the cartel price is above zero (as in Connor and Lande 2005). This supports the theory that in most cases the cartel overcharge may be expected to be positive, although it also indicates that there is a small but significant proportion of cartels where there is no overcharge (and, as noted above, it may be that the empirical studies tend to focus on cartels that have been operational and that are therefore most likely to have had an impact on the market). Whether a particular cartel falls into this category would need to be explored on a case-by-case basis. Oxera used the selected sample of 114 observations to test whether certain characteristics of the cartels in question (such as whether they were international or involved bid rigging) generate different levels of overcharge".

93.- Para establecer la precisión estadística de una estimación, la Comisión recomienda (Estudio *passing-on* , pp. 204-205) que el margen de error estadístico se ubique en torno al 5%, es decir, que la estimación alcance un umbral estadístico de plausibilidad cercano al 95%.



94.- Puedo entonces razonablemente estimar que, en el 93% de los casos, el cártel del que formó parte la demandada aplicó un sobreprecio, al menos, en un umbral superior al 0%. A su vez, la Comisión acepta que el 93% de esos cárteles fijan su sobreprecio, al menos, en un umbral comprendido entre el 0% y el 10% (Oxera, p. 91, fig. 4.1). Esa es la estimación más conservadora posible y también coherente con los márgenes de error estadístico que igualmente recomienda la Comisión en una formulación conservadora de la cuantificación del daño. Dentro de ese estadio conservador, puedo estimar aplicable de la misma manera razonable un porcentaje de sobreprecio del 5% para la solución del caso, como medida de compromiso entre los umbrales de sobreprecio mínimos y máximos que intervienen como común denominador del 93% de los cárteles que aplican sobreprecios.

95.- Respecto del abono de intereses, el considerando 12 de la Directiva de daños señala que:

"La presente Directiva confirma el acervo comunitario sobre el derecho a resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por infracciones del Derecho de la competencia de la Unión, especialmente en relación con la legitimación y la definición de daños y perjuicios, de la forma establecida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y no prejuzga ninguna evolución posterior del mismo. Cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por tal infracción puede solicitar resarcimiento por el daño emergente (damnum emergens), el lucro cesante (pérdida de beneficios o lucrum cessans), más los intereses, con independencia de si en las normas nacionales estas categorías se definen por separado o conjuntamente. El pago de intereses es un elemento esencial del resarcimiento para reparar los daños y perjuicios sufridos teniendo en cuenta el transcurso del tiempo, y debe exigirse desde el momento en que ocurrió el daño hasta aquel en que se abone la indemnización, sin perjuicio de que en el Derecho nacional esos intereses se califiquen de intereses compensatorios o de demora, y de que se tenga en cuenta el transcurso del tiempo como categoría independiente (interés) o como parte constitutiva de la pérdida experimentada o de la pérdida de beneficios. Corresponde a los Estados miembros establecer las normas que deban aplicarse a tal efecto".

96.- A su razón, las normas nacionales en relación con el art. 1902 CC, es decir, los arts. 1101 y 1108 CC, deben ser interpretadas en el sentido de que la indemnización que se reconoce al actor merece devengar el interés legal computado desde el momento en que sufrió el daño, es decir, desde el momento de compra del camión.

97.- Porque estimo un sobreprecio con aplicación de un porcentaje al precio total del camión adquirido por el actor, que ya incorporaba cualquier gasto adicional por repercusión total o parcial de los costes de introducción de nuevas tecnologías, la indemnización debe ser considerada única para las dos clases de infracciones en las que ese actor cifraba la producción de daños. A su vez, la cuantificación del daño no puede considerar los impuestos satisfechos por el actor por razón de la adquisición.

Octavo.- Exclusión de la *passing-on defense* .

98.- Por fin, excluyo en el caso el posible efecto derivado de la eventual transmisión de sobrecostes a un tercero, pues Mercedes España no ha articulado convenientemente la defensa *passing-on*, según considero, por dos motivos: la falta de acreditación de la repercusión que dice efectuada por el actor y, en cualquier caso, la inidoneidad causal del mecanismo de repetición sugerido.

99.- En efecto, la formulación de la defensa (pp. 34-35 y 69-70 del escrito de contestación de Mercedes España) descansa sobre tres alegaciones cumulativas. En primer lugar, que la defensa ha sido reconocida como tal tanto por la jurisprudencia nacional (Azúcar) como comunitaria (Courage). En segundo lugar, que la falta de evaluación del efecto *pass-on* contraviene igualmente los principios de la regla *compesatio lucri cum damno* y de enriquecimiento injusto. En tercer lugar, que el mecanismo de repetición del sobrecoste eventualmente sufrido por el Sr. Juan Antonio habría estribado en un incremento del precio de los servicios de transporte por carretera que este habría desarrollado utilizando el camión adquirido a la codemandada.

100.- A su vez, para acreditar efectivamente el efecto de la repercusión de sobrecostes, el informe E.CA Economics (pp. 88-96) pretende construir una suerte de hipótesis sobre el carácter inexorable del hecho de que tal repetición del sobrecoste se habría efectivamente producido en la forma descrita. El estudio parte de algunas asunciones sobre las características de la infracción sancionada (sobrecoste hipotético para todo el sector, larga duración de la infracción) y del sector de transporte de mercancías por carretera (intensidad de la competencia), que contrasta con la teoría económica, según se señala, para dar en esa conclusión sobre el carácter inexorable de la repetición del daño (despreciando a su vez el eventual margen de corrección por efecto volumen).

101.- Como señala Mercedes España, la defensa ha sido reconocida por nuestra jurisprudencia con carácter anterior a la irrupción de la Directiva de daños. En efecto, en el FJ 5º de la sentencia del cártel del azúcar:



"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").

(...)

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.

A falta de normativa comunitaria que regule tal cuestión, en nuestro Derecho interno los criterios han de ser similares a los expuestos, por aplicación del apartado tercero del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al tratarse de hechos que impedirían la eficacia jurídica de los hechos constitutivos de la acción. Si los perjudicados por una conducta contraria al Derecho de la competencia ejercitan las acciones pertinentes para hacer efectivo su derecho a ser indemnizados por los daños sufridos como consecuencia de esa conducta ilícita, la carga de la prueba de los hechos que obsten el éxito de la acción corresponde al demandado que los alega".

102.- Debo rechazar la defensa planteada, en primer lugar, porque su formulación es meramente teórica y en ningún caso considera hitos de hecho relacionados con el giro económico particular y concreto del Sr. Juan Antonio, en la medida en que su formulación no ha ido seguida de esfuerzo probatorio de ninguna especie. De este modo, la formulación de la defensa es meramente hipotética y, por ello, difícilmente conciliable con los argumentos de censura que la misma parte demandada dirige al método de cuantificación del daño sugerido por la actora. En definitiva, nos tropezamos con una nueva infracción de la doctrina emanada de la sentencia del cártel del azúcar que, según considero, no estoy en condiciones de integrar con base a la misma interpretación conforme del régimen aplicable que ha inspirado la solución dada en el fundamento anterior, ante la ausencia de ningún dato sensible o método objetivo asimilable y disponible (por referencia al art. 13 de la Directiva).

103.- Sin embargo, en segundo lugar pero de forma todavía más relevante, debo rechazar la defensa planteada por la inidoneidad del mecanismo de repetición que se dice hipotéticamente empleado por el Sr. Juan Antonio para trasladar el daño a esos terceros. He tenido oportunidad de examinar esta cuestión en los Autos de 17/12/19 y 1/2/19 (de desestimación de la reposición del anterior), cuyos argumentos son aplicables aquí y que abordaré a continuación. Abundaré ahora en la exposición de los argumentos que sostienen ese criterio.

104.- En virtud del principio de indemnidad, coincidente con el de efectividad a estos efectos, el lesionado por un ilícito concurrencial merece obtener compensación de los daños sufridos hasta el extremo de verse resarcido íntegramente de la lesión sufrida. 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. 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 su cuantificación económica.

105.- En efecto, la Directiva señala en su considerando 39 que:

"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".

106.- De este modo y como vemos, 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 el examen de los presupuestos de esta defensa, según diré.

107.- ¿En qué medida resultan aplicables la Directiva y las disposiciones de los arts. 76 y 78 LDC ? Por las siguientes razones. La primera, porque positivizan un acervo ya reconocido, con plena identidad, en el estadio jurisprudencial anterior a su irrupción. La segunda, en la medida en que existe una correspondencia entre Directiva y norma de transposición, por vigencia del principio de interpretación conforme. Todo eso si no quisiera verse una tercera razón, patente, porque, con independencia de la ubicación sistemática de estas normas, a los efectos de delimitar el espacio de discusión sobre la *passing-on defense* y en los concretos aspectos de esas normas que se limitan a explicar quién tiene que hacer qué en el proceso para probar los daños o su repetición, es decir, cuando se limitan a distribuir cargas procesales, intervienen como preceptos nítidamente procesales y no de carácter sustantivo, de manera que bien puede sostenerse que, a esos efectos, en ningún caso estarían afectadas por las reglas de irretroactividad. En este punto, debería depurarse qué es sustantivo y qué adjetivo en esos preceptos, para concluir que son normas procesales los extremos que simplemente se limitan a positivizar cómo debe formularse, procesalmente al menos, esta defensa.

108.- A su vez, la articulación de la defensa no debe desvincularse de los presupuestos generales inherentes a nuestro sistema de responsabilidad civil, entendidos esos presupuestos en un sentido amplio. Así, en el examen de esa doctrina general civil podemos reconocer la existencia de factores que modulan la regla general de indemnidad, que pueden clasificarse según los elementos subjetivos, objetivos o causales del régimen que se actúa sobre los que tengan incidencia. En el plano subjetivo y de manera próxima a la regla de concurrencia de culpas encontramos la regla del deber de mitigación: la obligación de cooperar a que el daño inicialmente sufrido no se agrave por la omisión de la víctima de algún deber de neutralización del daño que le sea exigible. En el plano causal y objetivo, encontramos 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, *European Group on Tort Law*).

109.- La regla del deber de mitigación no opera en el ámbito de los ilícitos concurrenciales, de modo que no puede decirse que el perjudicado por una práctica cartelizada se encuentre en obligación de repetir el daño sufrido a un tercero, ya en el contexto de una misma cadena de suministro, ya respecto de sus propios clientes. Lo explican así Herrero, C., y Velasco, L., (*"La passing-on defense, ¿un falso dilema?"*, La aplicación privada del derecho de la competencia, 2011, p. 604):

"El perjudicado normalmente no va a ser consciente de que se le está dañando. Si se trata de cárteles (...) van a ser por naturaleza secreto. Si fuera un abuso monopolístico, porque éste no suele ser tampoco evidente (...) Pero, aunque el comprador directo llegara a conocer que le está dañando, no parece jurídicamente exigible que extienda tales daños a sus propios clientes".

110.- A su vez, respecto de la regla de la *compensatio* , la Sala Primera aplica de manera frecuente esta figura en otros ámbitos de responsabilidad civil, atendido el carácter resarcitorio de la indemnización que puede exigir el perjudicado por un ilícito civil. Así en la STS, 1ª, de 19/12/18 , Ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas:

"En el ámbito contractual, si una misma relación obligacional genera al mismo tiempo un daño -en el caso, por incumplimiento de la otra parte- pero también una ventaja -la percepción de unos rendimientos económicos-, deben compensarse uno y otra, a fin de que el contratante cumplidor no quede en una situación patrimonial más ventajosa con el incumplimiento que con el cumplimiento de la relación obligatoria. Ahora bien, para que se produzca la aminoración solamente han de ser evaluables, a efectos de rebajar el montante indemnizatorio, aquellas ventajas que el deudor haya obtenido precisamente mediante el hecho generador de la responsabilidad o en relación causal adecuada con éste".

111.- Un ilícito concurrencial es un ilícito de contenido económico. Pero la *passing-on defense* plantea un problema eminentemente jurídico. Por eso debe optarse por un enfoque legal a ese problema, para traer al enjuiciamiento de las acciones *follow on* las soluciones propias de la doctrina civil general. En esa decisión planea una tensión evidente: menospreciar que también es posible un enfoque económico sobre la misma defensa *passing-on* que, según considero, podría conducirnos a una respuesta distinta sobre esos mismos presupuestos de responsabilidad. Lo explica así Caro de Sousa, P., (*"EU an national approaches to passing on and causation in competition damages cases: a doctrine in search of balance"*, *Common Market Law Review* 55, 2018, p. 3):

"The adoption of such legal approaches by national courts does not, by itself, infringe EU Law. It is untenable for courts to take purely economic approach to passing on. This is both for practical and normative reasons. From a practical standpoint, even when economic concepts of passing on and causation are relevant for legal purposes, they still need to be adapted to fit the requirements of legal adjudication. From a normative standpoint,



compesatio lucri cum damno doctrine raise questions regarding wheter and to waht extent the law should allow the deductioning of any benefits caused by a wrong from the loss caused by that same wrong. Economic evidencia or analysis is unable to answer such normative questions -only legal anlysis can do so-".

112.- Según ese enfoque, en la aplicación práctica de la *compensatio* , 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). Para definir el ámbito posible de la *passing-on defense* , de todo ese acervo podemos extraer dos conclusiones relevantes respecto de la regla de la *compensatio* . 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 (como medidas que aquí no han sido solicitadas por Mercedes España). La segunda, que para el cálculo del sobrecoste efectivamente sufrido por el lesionado, no es relevante considerar aquellos actos de repetición del sobrecoste sufrido que no estén causalmente conectados con el hecho generador del daño sufrido. ¿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 sobrecoste 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? La respuesta a esta pregunta determina la segunda razón para desestimar la invocación de la defensa en el caso, tal y como pretende construirla Mercedes España, de manera inidónea, según he dicho, por considerarla aplicable respecto de los eventuales incrementos del precio de los servicios de logística que pudo haber prestado el Sr. Juan Antonio tras adquirir el camión afectado por sobreprecio.

113.- El considerando 39 de la Directiva alude a que la parte perjudicada haya repetido el sobrecoste "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 en un mercado distinto. 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 sobrecoste sufrido a ese nivel " .

114.- En efecto, la Comisión Europea (*Study on the Passing-on of Overcharges*, relevante en cuanto asumido por la Comisión y no por su autoría material) 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 simples 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".

115.- La Comisión insiste en esta configuración de la defensa en lo que conocemos de sus nuevos desarrollos sobre la figura (Comisión Europea, 2018, "Proyecto de comunicación-directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota de sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto" , p. 2, Box 1: *passing-on of price increase for a copper*).

116.- 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.

117.- 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? ¿Existe al menos identidad de mercados o mercados lo suficientemente próximos? Se trata de soluciones anticipadas por tribunales europeos en procesos muy próximos a este (SS LG Dortmund, 27/6/18 y Hannover 18/12/17). En los casos en que no pueda apreciarse esa identidad de



productos o mercados, la defensa por repetición del sobrecoste es inoperante. Esta solución es conciliable con los equilibrios entre los significados legal y económico de la defensa *passing-on* que se desprenden en el desarrollo argumentativo de los principales *leading cases* europeos sobre la cuestión (*Sansbury's, Orwi, TenneT*).

118.- Frente a esta visión también se encuentran otras aportaciones de literatura científica que le son intensamente contradictorias y que, de forma más o menos clara, patrocinan una visión económica sobre los problemas de nexo de causalidad e imputación en la articulación de la defensa. Es evidente que la cuestión es espinosa, pero esa visión exclusivamente económica, según considero, no ha sido aceptada por la jurisprudencia de los tribunales europeos y tampoco se desprende de las guías elaboradas por la Comisión que igualmente he reproducido, todo en ausencia de un pronunciamiento concluyente del TJUE sobre la cuestión, mientras resulta equívoca la pretendida confirmación de esa visión en la doctrina ya sentada sobre la transmisión de daños por efecto paraguas (STJUE, Sala Quinta, 5 de junio de 2014, *Kone*), por la sencilla razón de que, precisamente, ese precedente jurisprudencial es de ratificación y no de refutación del argumento que aquí acojo: la transmisión del daño que se considera relevante se produce en el contexto de un mismo mercado y en relación con productos idénticos. Se dirá después que las implicaciones de la *doctrina Kone* exceden de los hechos del caso en cuestión y que de lo que se trata siempre es de probar la existencia de un nexo causal entre infracción y daño. Precisamente por ello, porque se trata de un problema causal, que es jurídico y no económico, incluso la *doctrina Kone* entendida en ese sentido tan amplio solo podrá invocarse donde ese vínculo de causalidad pueda tenerse jurídicamente como adecuado. Por eso *lo adecuado* opera siempre como límite de *lo objetivamente imputable*, a modo de criterio que interviene en un estadio previo del juicio de causalidad y condiciona su resultado.

119.- A su vez, la forma en que Mercedes España introduce la defensa en este proceso, ejemplifica que una visión económica absoluta sobre la *passing-on* defense solo redundaría en la dilución del principio de indemnidad-efectividad que asiste al lesionado Sr. Juan Antonio . Pues únicamente persigue introducir dudas razonables sobre la realidad del daño sufrido, partiendo de una asunción económica previa. Esa de que, como pretendida máxima de ciencia, resulta inexorable para el destinatario final de un producto o servicio cartelizado repetir el daño sufrido, si ese destinatario aplica ese producto o servicio y su coste a su propio proceso económico, aunque su propia actividad económica no guarde relación con la del mercado donde experimentó inicialmente el perjuicio. Para confirmar esta impresión desfavorable sobre el previsible desenlace de esa visión económica, basta considerar que el Sr. Juan Antonio , profesional del sector de la logística, a buen seguro prestó servicios de transporte para otros profesionales de otros sectores quienes, a su vez y en el mismo razonamiento de Mercedes España, a buen seguro también determinaron su política de precios según los costes estructurales de su actividad, sobrecostes que, a su vez y continuando con este razonamiento hipotético, trasladaron inexorablemente a otros destinatarios en mercados adyacentes que bien pudieron hacer lo mismo después. Todo eso nos conduciría a una hipotética cadena de perjudicados indirectos sin solución de continuidad, *ad infinitum* , cuyo único saldo útil sería que Mercedes España retuviera, en mi opinión de manera indebida, el beneficio resultante del sobreprecio inicialmente repercutido al Sr. Juan Antonio .

120.- Por todo eso, este Juzgado ha aceptado la defensa del *passing-on* en supuestos de reventa del camión objeto del sobreprecio y la ha rechazado en otros casos, tal y como pretende Mercedes España. De este modo, he planteado la solución de la cuestión con un enfoque normativo, examinando la correspondencia de la defensa con la relación de causalidad como presupuesto de responsabilidad. Todo formulando una suerte de *test legal* para reproducir la regla de la *compensatio lucri cum damno* (como límite del deber de mitigación del daño) y que no despreciara un necesario acento económico en su conjugación. Indagando sobre la venta de camiones, los servicios de logística, el mercado de reventa de camiones. Creo entonces haber adoptado un enfoque legal adecuado y que no interviene aquí como un obstáculo infundado a la defensa de Mercedes España.

121.- Ahora, tras la exposición del marco teórico que justifica mi visión normativa sobre la defensa que invoca Mercedes España, es necesario regresar a la recapitulación de hechos relevantes para la solución del caso. El Sr. Juan Antonio es un transportista que, para la prestación de servicios de transporte por carretera, adquirió un camión Mercedes.

122.- 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 ese camión, el Sr. Juan Antonio intervenía como destinatario final en ese mercado. Mientras el Sr. Juan Antonio empleó el camión para desarrollar sus actividades de transporte de mercancías, tras él no podía encontrarse ningún otro destinatario afectado por la conducta anticompetitiva de la demandada, 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 el Sr. Juan Antonio no operaba en él.



123.- Es decir, en términos causales no es posible reconstruir de manera sólida y sin solución de continuidad la traslación del eventual sobreprecio sufrido por el Sr. Juan Antonio en el mercado de compraventa de camiones a cualquiera de sus clientes de servicios de transporte por carretera, por más que hipotéticamente el Sr. Juan Antonio 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).

124.- Por este motivo no puedo aceptar la defensa pues, como segunda razón de desestimación, no considero que Mercedes España la invoque de manera idónea, puesto que su formulación excede su ámbito de aplicación.

Noveno.- Costas procesales.

125.- Sin condena en costas.

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

FALLO

Estimo parcialmente la demanda formulada por el Sr. Juan Antonio contra Mercedes Benz Trucks España S.L. y, a su razón, condeno a esta a indemnizar al demandante en la cantidad del 5% del precio de compra del camión que se refiere en la demanda, sin considerar los impuestos abonados, cuantía incrementada en lo que resulte de aplicar los intereses previstos en el art. 1108 CC liquidados desde la fecha de su adquisición hasta la fecha de completo pago o, en su caso, según resulte de la aplicación de los intereses previstos en el art. 576 LEC .

A su vez, desestimo la acción dirigida por el Sr. Juan Antonio contra Distribuidora de Vehículos Divesa S.L.

Sin condena en costas.

Frente a la presente cabe interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia, en el plazo de veinte días desde su notificación.

Notifíquese.

Acuerdo, mando y firma.