



Roj: **SAP BI 265/2020 - ECLI: ES:APBI:2020:265**

Id Cendoj: **48020370042020100105**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Bilbao**

Sección: **4**

Fecha: **04/06/2020**

Nº de Recurso: **1606/2019**

Nº de Resolución: **1459/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA LOURDES ARRANZ FREIJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA. SECCIÓN CUARTA BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA. LAUGARREN ATALA

BARROETA ALDAMAR, 10-3ªplanta - C.P./PK: 48001

TEL.: 94-4016665 **Fax / Faxes:** 94-4016992

Correo electrónico/ Helbide elektronikoa: audiencia.s4.bizkaia@justizia.eus /
probauzitegia.4a.bizkaia@justizia.eus

NIG PV / IZO EAE: 48.04.2-18/025651

NIG CGPJ / IZO BJKN :48020.47.1-2018/0025651

Recurso apelación mercantil LEC 2000 / Apelazio-errekurtsoa; merkataritza-arloa; 2000ko PZL 1606/2019 - E

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia*: Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao / Bilboko Merkataritza-arloko 1 zenbakiko Epaitegia

Autos de Procedimiento ordinario 720/2018 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: CNH INDUSTRIAL NV y IVECO S.P.A.

Procurador/a/ Prokuradorea:MAITANE CRESPO ATIN y MAITANE CRESPO ATIN

Abogado/a / Abokatua: JUAN MANUEL DE CASTRO ARAGONES

Recurrido/a / Errekurritua: EULEN S.A.

Procurador/a / Prokuradorea: JESUS GORROCHATEGUI ERAUZQUIN

Abogado/a/ Abokatua: JOSE LUIS CASAJUANA

S E N T E N C I A N.º 1459/2020

TRIBUNAL QUE LA DICTA:

PRESIDENTA: D.ª REYES CASTRESANA GARCÍA **MAGISTRADA:** D.ª ANA BELEN IRACHETA UNDAGOITIA
MAGISTRADO: D.ª LOURDES ARRANZ FREIJO

En Bilbao, a cuatro de junio de dos mil veinte.

La Audiencia Provincial de Bizkaia. Sección Cuarta, constituida por las Ilmas. Sras. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Procedimiento ordinario 720/2018 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao, a instancia de **CNH INDUSTRIAL NV y IVECO S.P.A.**, apelante - demandado, representado por la procuradora D.ª MAITANE CRESPO ATIN y defendido por el letrado D. JUAN MANUEL DE CASTRO ARAGONES, contra **EULEN S.A.**, apelado - impugnante - demandante, representado por el procurador D. JESUS GORROCHATEGUI ERAUZQUIN y defendido por el letrado D. JOSE LUIS CASAJUANA ; todo ello en



virtud del recurso de apelación interpuesto contra sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 03/04/19.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia de instancia es del tenor literal siguiente:

"FALLO

DEBO ESTIMAR PARCIALMENTE LA DEMANDA interpuesta por EULEN, S.A. contra CNH INDUSTRIAL NV e IVECO, S.P.A., referida en el encabezamiento de esta resolución, y en su consecuencia, condeno a las codemandadas a que solidariamente abonen a la actora el **15% del precio de adquisición de cada uno de los 17 camiones** objeto de este pleito, con los **intereses legales desde la fecha de compra**, sin imposición de costas."

SEGUNDO.-Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la demandada se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que, admitido por el Juzgado de Instancia y tramitado en legal forma ha dado lugar a la formación del presente rollo, al que ha correspondido **el nº 1606/19 de Registro** y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.-Hecho el oportuno señalamiento quedaron las actuaciones sobre la Mesa del Tribunal para la votación y fallo.

CUARTO.-En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha sido Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrada **D.ª LOURDES ARRANZ FREIJO**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte demandante en su condición de compradora de 17 camiones reseñados en su demanda, ejercitaba la acción de reclamación por daños derivados de la infracción de las normas de la competencia, en el marco del denominado cártel de los fabricantes de camiones, y reclamaba la condena de las demandadas fabricantes a abonar el importe de 225.596 euros, desglosados en los siguientes conceptos: 145.654 , 75 euros como sobreprecio estimado en la compra de los camiones; 6.292 euros por coste de introducción de tecnologías no contaminantes; y 100.650,20 euros, correspondientes a los intereses legales desde la fecha de adquisición del camión hasta la fecha de la demanda. Intereses devengados con posterioridad a la demanda y las costas.

Las codemandadas se opusieron a la demanda en base a las siguientes alegaciones:

1) falta de legitimación activa; 2) falta de legitimación pasiva;3) prescripción de la acción; 4) las conductas sancionadas no afectaron al mercado español; 5) inexistencia de los requisitos necesarios para el éxito de la acción de daños derivada del ilícito concurrencial; y 6) improcedencia de la reclamación de intereses de demora.

La sentencia de instancia, analiza en primer lugar la excepción de prescripción, excepción que desestima, al considerar que resultaba de aplicación al supuesto de autos, el plazo de prescripción de 5 años previsto en el art. 74 de la LCD, porque la acción había sido ejercitada tras la entrada en vigor de tal precepto.

Añade que incluso aplicando el plazo del art. 1968 del C.c., la acción no habría caducado, ya que no se había acreditado que el día de la publicación de la decisión sancionadora en el DOUE, la compradora demandante ya supiera de la infracción o hubiese tenido que saber de ella empleando una diligencia que no le es exigible (la lectura diaria de los diarios oficiales).

Seguidamente establece el derecho de reparación de la demandante, al ser indiscutida la participación de las demandadas en el cartel para "fijar los precios y aumentar los precios brutos de venta", al presumirse que su conducta, tuvo como consecuencia unos daños y perjuicios a la demandante compradora en la recta final; presunción que admitiría prueba en contrario, sin que las demandadas hubiesen articulado prueba alguna que la destruya.

A continuación, establece los criterios de aplicación en orden a cuantificar los daños y perjuicios, reseñando como tales: 1) los recogidos en la LCD, arts. 72; 78.1; 76,1 78.3 y 76.2; 2) los diversos textos de la Comisión Europea encaminados a facilitar la tarea de cuantificación de daños, y 3) los criterios interpretativos contenidos en la sentencia del TS de 7.11.2013 (cártel del azúcar).

Aplicando dichos criterios al supuesto de autos, y tras analizar el contenido de los informes aportados por la actora y la demandada, concluye que dichos periciales no son hábiles para la cuantificación.

Por ello procede a la estimación judicial de los daños sufridos por la entidad demandante (art.76.2 de la LCD), que con amparo en las recomendaciones de la Comisión, y con cita del informe Oxera, fija en un 15% el porcentaje de sobreprecio, al que añade el interés legal computado desde la fecha de adquisición del producto, y sin descontar cantidad alguna en concepto de sobrecoste repercutido por el perjudicado, al no haber probado las demandadas el traslado de este sobreprecio.

Estimando parcialmente la demanda sin pronunciamiento sobre las costas de la instancia.

Las demandadas interponen recurso de apelación, solicitando la revocación de la sentencia y la desestimación íntegra de la demanda.

La demandante impugna la sentencia, solicitando la estimación íntegra de su demanda.

SEGUNDO.-1) APELACIÓN CNHI E IVECO, Spa.

A) Los motivos que sustentan el recurso se enuncian de la siguiente forma:

a.-Vulneración grave del principio de irretroactividad y seguridad jurídica por la aplicación de disposiciones sustantivas no retroactivas previstas en el Art. Tercero del RDL 9/2017. En concreto en relación con estas tres materias:

a.1- La prescripción de la acción de la acción ejercitada de contrario: Infracción por aplicación del art. 74 de la LCD.

a.2-La acreditación del presunto daño. Infracción por aplicación del art. 76.3 de la LCD.

a.3- La cuantificación de los presuntos daños y perjuicios. Infracción por aplicación del art. 76.2 de la LCD.

b En cualquier caso, CNHI e IVECO SPA, han demostrado que la conducta que la conducta no es susceptible de generar efectos en el mercado y la actora no ha acreditado la existencia de daños.

c-Incorrecta valoración de las pruebas periciales.

d.- Falta de legitimación activa de la actora.

e. La falta de legitimación pasiva de las demandadas.

f.- Cualquier supuesto sobrecoste fue trasladado por Eulen a sus clientes aguas abajo.

g.-El vehículo modelo 65C15 con matrícula NKZ no es objeto de la decisión.

h.-Improcedencia de los intereses-

B) En el Primer Otrosí del escrito de recurso, y tras exponer que planteó declinatoria por falta de competencia internacional, que fue desestimada por Auto de 3 de Noviembre de 2018, ratificado por Auto de 10 de Diciembre de 2018, se pone de manifiesto una vez más al amparo del art. 66.2 de la LEC la falta de competencia internacional de la jurisdicción española para conocer de la demanda.

2) IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA POR EULEN.

La demandante impugna la sentencia en los pronunciamientos contenidos en el Fundamento de Derecho Cuarto, sobre la valoración de la prueba aportada con la demanda; y el Fundamento de Derecho Quinto, sobre la estimación judicial de los daños.

Planteado en los términos expuesto el ámbito de la apelación, examinaremos en primer lugar el recurso articulado frente a la desestimación de la declinatoria por falta de competencia territorial de la jurisdicción española.

Seguidamente analizaremos las excepciones de falta de legitimación activa de la actora y pasiva de las demandadas, para seguidamente analizar el resto de los motivos de recurso, resolviéndose conjuntamente la impugnación al dar respuesta los motivos a.3 y c.

TERCERO.-LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES.

Las demandadas mantienen en esta alzada, la falta de competencia de los Tribunales españoles, en base a las siguientes alegaciones:

- Los Tribunales españoles carecen de competencia en aplicación estricta del art. 7.2 del Reglamento 1215/12. Sostienen que dicho art. por constituir una excepción debe ser interpretado de forma estricta, desprendiéndose el carácter excepcional del art. 7,2 en el considerando 16 del Reglamento 1215/12, y por ello los requerimientos

de previsibilidad y estrecha conexión que se contemplan en dicho considerando son los principios que deben de regir la interpretación restrictiva sobre la regla de "el lugar donde se haya producido o puede producirse el hecho dañoso".

- Los supuestos daños reclamados son indirectos o "puramente financieros" por lo que no resulta de aplicación el art. 7.2 del Reglamento: el demandante no compró los camiones a las demandadas, por lo tanto los daños reclamados por él son necesariamente de tipo indirecto, Cita al efecto la Sentencia del TJUE de 11 de Enero de 1990.

- La falta de determinación del hecho dañoso excluye la aplicación del art. 7.2 del Reglamento: es el demandante quien tiene que probar donde se produjo el daño y a los efectos del art. 7.2 deberá tender al presunto daño inmediato y directo ocasionado por las demandadas, no el daño indirecto soportado por el mismo. La sentencia del TJUE de 21 de mayo de 2015, citada en el Auto de se refiere a una reclamación de daños directos e inmediatos.

La competencia de la jurisdicción española debe de ser mantenida, y ello en virtud de los razonamientos que se expusieron por el Juzgador de la instancia, en los Autos en los que se desestimó la declinatoria.

Las recurrentes se limitan a reiterar sus alegaciones haciendo caso omiso a de los razonamientos del Auto de instancia, sin contradecir su contenido.

Por ello, y porque consideramos que las reglas específicas y reglas especiales como la del art. 7.2, que permiten otro fuero competencial en materia delictual o cuasi delictual, fijando en tal supuesto, el lugar donde se haya producido o pueda producirse el daño, deben interpretarse bajo el auspicio del principio de efectividad, que recoge el art.4 de la Directiva de daños, (Directiva 2014/104/UE, que trae causa de la Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016), origen de este procedimiento y que establece:

" De acuerdo con el principio de efectividad, los Estados miembros velarán para que todas las normas y procedimientos nacionales relativos al ejercicio de las acciones por daños se conciban y apliquen de forma que no hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho de la Unión al pleno resarcimiento por daños y perjuicios".

La competencia de los Tribunales españoles para la resolución de los litigios como el hoy planteado, ha sido examinada por este Tribunal en el Rollo AMM 1883/19, en el que dijimos:

El artículo 283 Bis D LEC dispone que "1. Será tribunal competente para conocer sobre el acceso a fuentes de prueba el que este conociendo el asunto en primera instancia o, si el proceso no se hubiera iniciado, el que sea competente para conocer la demanda principal. 2. No se admitirá declinatoria en las medidas de acceso fuentes de prueba pero el tribunal ante el que se soliciten revisará de oficio su propia competencia y si entendiéndose que no le corresponde conocer de la solicitud se abstendrá de conocer indicando al solicitante el tribunal al que debe acudir. Si este se inhibiera de su competencia decidirá la competencia el inmediato superior".

Sobre la competencia para conocer la acción principal ha dictado pluralidad de resoluciones el Tribunal Supremo (entre otros, los autos de 26 de noviembre y de 3, 10 y 17 de diciembre de 2019), declarando que la competencia territorial en el ejercicio de las acciones de daños por infracción de la competencia corresponde al Juez del domicilio del demandado y si este no tuviera domicilio en España al del lugar de producción del daño.

Así, el Auto Del Tribunal Supremo de fecha 19 de diciembre de 2019 , que se remite al de fecha 26 de febrero de 2019 , dice:

SEGUNDO.- Para la resolución del presente conflicto negativo de competencia territorial debemos tener presente el criterio seguido en el auto de 26 de febrero de 2019 (conflicto 262/2018), en el que hemos declarado lo siguiente:

"[...] SEGUNDO.- Criterios de competencia territorial en acciones por indemnización de daños derivados de infracción del derecho de la competencia.

Con carácter previo, la sala considera imprescindible poner de manifiesto los criterios generales de examen de competencia territorial aplicables a este tipo de reclamaciones, teniendo en cuenta la ingente cantidad de ellas planteadas a lo largo de toda la geografía y las que puedan plantearse en el futuro.

El artículo 7.2 del Reglamento (UE) no 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, establece que una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro, en materia delictual o cuasidelictual, "ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso". La primera cuestión que se plantea es si ese precepto atribuye,



además de competencia internacional a un Estado, competencia territorial a ese mismo "órgano jurisdiccional" de ese Estado.

La sala considera que las previsiones de dicho Reglamento establecen únicamente un fuero de competencia judicial internacional general que es el domicilio del demandado en un Estado miembro, abstracción hecha de la nacionalidad de la persona

-artículo 4-, y una serie de excepciones, entre las que se encuentran las denominadas "competencias especiales" del artículo 7, que permiten, en determinadas clases de pleitos, demandar a algunas personas domiciliadas en un Estado miembro en otro Estado. Tal es el caso de las acciones de daños derivados de la infracción del derecho privado de la competencia. Una vez determinado, conforme a dichos criterios, que los tribunales españoles son internacionalmente competentes para conocer de demandas contra cartelistas determinados por las resoluciones de la Comisión Europea cuyo domicilio está fuera de España, en atención a que el "hecho dañoso" se produjo en España, la competencia territorial se ha de determinar por la normativa procesal interna.

TERCERO.- Ausencia de normas especiales de competencia territorial para las acciones de derecho privado de la competencia.

La transposición en España de la directiva de daños, realizada a través del RDL 9/2017, de 26 de mayo, que determinó la modificación de la Ley de Defensa de la Competencia y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no introdujo reglas expresas de competencia territorial sobre dichas acciones.

El único parámetro que se desprende con toda claridad de la Directiva- véanse, entre otros, los considerandos 4,5 y 6- es el de efectividad de las vías procesales para exigir la indemnización de daños ocasionados a los particulares por la infracción del derecho privado de la competencia. Los principios de equivalencia y efectividad, por su parte, son mencionados de forma expresa en el considerando 11, de tal manera que las normas nacionales que regulen el resarcimiento "no se deben formular o aplicar de manera que en la práctica resulte imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho a resarcimiento garantizado por el TFUE, o de modo menos favorable que las aplicables a acciones nacionales similares".

Las normas procesales de competencia territorial deben garantizar la eficaz reclamación a los causantes de las conductas colusorias, y han de ser interpretadas en consonancia con dichos parámetros.

El fuero general de las personas jurídicas del artículo 51 LEC es el domicilio del demandado o, alternativamente, el lugar donde la relación jurídica a que se refiera el litigio haya nacido o deba surtir efectos. Pero, en este último caso, solo si en dicho lugar tienen establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de dicha entidad. Ocurre, sin embargo, que en aquellos litigios en los que se demanda ante los tribunales españoles exclusivamente a sociedades domiciliadas en otros Estados miembros de la UE, la carencia de un domicilio en España impediría la aplicación del primero de dichos fueros.

Y tampoco sería posible aplicar con carácter general el fuero alternativo previsto en dicho precepto (el lugar donde la relación jurídica a que se refiera el litigio haya nacido o deba surtir efectos si en dicho lugar tienen "establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de dicha entidad"). En una generalidad de casos, la adquisición de vehículos con sobreprecio tiene lugar mediante un concesionario de la marca o multimarca. El concesionario no puede ser considerado establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad, a los efectos del art. 51.1 LEC, porque en los contratos de concesión o distribución intervienen dos empresarios independientes. El concesionario actúa siempre en su propio nombre y por su cuenta, según se desprende de:

(i) el art. 1 del Reglamento (CEE) no 1983/83, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución exclusiva;

ii) el art. 2 del Reglamento de la Comisión (CE) No 2790/1999 de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas;

(iii) el art. 2.1 del Real Decreto 378/2003, de 28 de marzo, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia.

iv) el Reglamento de Defensa de la Competencia (Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero). De esta forma, la fórmula habitual de adquisición de estos vehículos en concesionarios o establecimientos multimarca hace completamente inoperante el fuero alternativo del lugar de celebración del contrato, sin perjuicio de que, donde se encuentra el concesionario, pueda ser el lugar donde se hayan producido los efectos de la conducta infractora.



El fuero general de competencia territorial, en conclusión, no colma las exigencias de la Directiva de una protección eficaz de las reclamaciones.

CUARTO.- Fuero efectivamente aplicable Ante esta perspectiva, el fuero más próximo a la regulación de las acciones de derecho privado de la competencia es el de competencia desleal, previsto en el artículo 52.1.12o LEC . Este fuero atribuye la competencia al tribunal del lugar donde el demandado tiene su establecimiento, y, a faltade este, al del domicilio o lugar de residencia. Como último fuero subsidiario, cuando el demandado carezca de domicilio o lugar de residencia en España, se prevé un fuero electivo para el demandante: el lugar donde se haya realizado el acto o donde se produzcan sus efectos. El lugar de realización del acto dañoso, que es el acuerdo cartelizado, puede inducir a confusión, pero no ocurre lo mismo con el lugar de producción de efectos, que es donde el demandante ve repercutido el sobreprecio, y que puede identificarse sin problemas adicionales con el lugar de adquisición del vehículo.

La aplicación del artículo 52.1.12o tiene sentido, además, porque las reclamaciones fundadas en la infracción de las normas de la Ley de Defensa de la Competencia podrían hacerse valer a través de la acción de competencia desleal basada en el ilícito concurrencial previsto en su artículo 15- violación de normas que regulen la actividad concurrencial-. Carecería de sentido que, siendo en esencia la misma reclamación, pudiera estar regulada por normas distintas de competencia territorial.

Este fuero ha de completarse con la previsión del 53.2 LEC, de tal suerte que, si la demanda pudiera corresponder a los jueces de más de un lugar, el demandante podrá optar por cualquiera de ellos. [...]"

Resumiendo, la competencia viene dada por el lugar "donde el demandante ve repercutido el sobreprecio, y que puede identificarse sin problemas adicionales con el lugar de adquisición del vehículo", como se recoge en la demanda inicial, que funda la competencia de los Juzgados de lo Mercantil de Bilbao en el "partido judicial en el que se han producido los daños".

Así lo ha considerado también la AP de Lugo en sus Autos de 12/11/2018(Rollo 90/2018), y 9/1/2019(Rollo 12/2019), cuyos razonamientos recogemos a continuación en línea con las resoluciones de los Juzgados de lo mercantil citados por la parte recurrida.

Dice la última de las resoluciones:

" PRIMERO .- Ejercitada una acción follow on de defensa de la competencia tras la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016 relativa a un procedimiento del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto A.T. 39824), contra la demandada IVECO SpA (una de las sociedades destinatarias de la Decisión), el auto del juzgado de lo mercantil acordó abstenerse del conocimiento de la demanda entablada por D. Abilio por carecer de competencia internacional en atención al artículo9.6 LOPJ .

Contra el referido auto de 17 de septiembre de 2018 se interpuso recurso de apelación por el demandante por infracción de lo dispuesto en el artículo 7.2 del Reglamento (UE) núm. 1215/2012 (Bruselas I), en el que se establece como fuero en materia delictual o cuasidelictual el del lugar en que se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso, interpretado en la STJUE de 21 de mayo de 2015, en la que se señala como fuero especial para los ilícitos plurilocalizados, tanto el lugar del hecho causante como los de la materialización del daño.

El Ministerio Fiscal consideró competente al juzgado de lo mercantil de conformidad con lo dispuesto en la LOPJ,

SEGUNDO .- El recurso debe ser estimado en atención a la regulación de la competencia internacional recogida en el Reglamento (UE) núm. 1215/2012 (Bruselas I), que resulta de aplicación directa y preeminente, como ya resolvimos en nuestro auto de 12 de noviembre de 2018 en el que expusimos que "La determinación de la competencia judicial internacional, en materia civil y mercantil, en relaciones jurídicas con elemento extranjero domiciliado en la Unión Europea viene establecido en el Reglamento 1215/2012, que, como norma europea, se aplica con carácter preferente, y efecto directo, de suerte que no son de aplicación las normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial que citan el Auto recurrido, y el Ministerio Fiscal en su dictamen, ya que estas se aplican en ausencia de instrumento legal supranacional aplicable.

Por tanto, la cuestión ha de abordarse desde la perspectiva de la aplicación de este Reglamento y su interpretación por el TJUE que vincula a los tribunales nacionales de los Estados miembros.

Así lo estableció entre otras la STJUE de 21 de mayo de 2015 (asunto C-352/13, caso Hydrogen Peroxide), y nuestro TS en su sentencia 651/2013, de 7 de noviembre (cartel del azúcar), en relación con las acciones de resarcimiento de daños derivados de actos infractores de normas de defensa de la competencia, en la que se añade su conexión con la institución del enriquecimiento injusto y en consecuencia su naturaleza de acciones de responsabilidad extracontractual, excluyéndose cualquier conexión con la naturaleza contractual de la acción.



En el Reglamento 1215/2015 se parte, en efecto, con carácter general (art. 5.1), de la regla del domicilio del demandado para establecer la Competencia.

Ahora bien existen reglas específicas y reglas especiales como la del art. 7.2 que permite otro fuero competencial en materia delictual o cuasi delictual fijando en tal supuesto el lugar donde se haya producido o pueda producirse el daño.

Tales normas están bajo el auspicio del Principio de efectividad que recoge el art. 4 de la Directiva de Daños (Directiva 2014/104/UE, que trae causa de la Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016 en relación del conocido como cartel de los camiones). Según este art. "De acuerdo con el principio de efectividad, los Estados miembros velarán para que todas las normas y procedimientos nacionales relativos al ejercicio de las acciones por daños se conciben y apliquen de forma que no hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho de la Unión al pleno resarcimiento por daños y perjuicios".

Según estas normas, cualquier interpretación de las normas de competencia que obligue a desplazamientos a lugares alejados puede ser disuasorio para los perjudicados por el daño.

Desde la anterior perspectiva, se inclina la Sala por la interpretación que efectúa la STJUE (asunto C-27/17, caso Lithuanian Airlines) en el sentido de establecer la competencia en favor del lugar en que se materializa el hecho, lo que sitúa la competencia en nuestro país.

En dicho sentido el AJM de Valencia de 2 de octubre de 2018 y AJM nº 1 de Alicante de 25 de mayo de 2018, o el AJM nº 7 de Barcelona de 21 de marzo de 2018; que vienen a consensuar en estos supuestos el domicilio del demandante, por ser donde se materializó el daño."

Por lo expuesto se rechaza el motivo.

CUARTO.- FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA DE EULEN.

La falta de legitimación de Eulen deriva a juicio de las recurrentes, del hecho de que la misma no ha acreditado haber realizado le pago de los camiones supuestamente comprados, ni haber ejercitado la opción de compra de los arrendados financieramente; los contratos de arrendamiento financiero no acreditan la propiedad; y tampoco lo acredita aparecer como titular de los mismos en la Dirección General de Tráfico.

No podemos compartir tales alegaciones, pues a la vista de la documental incorporada con la demanda consideramos que la parte actora ha acreditado su condición de perjudicada.

Así y en cuanto a los vehículos adquiridos directamente por compra, se aporta la factura, y las facturas se emiten contra el pago del precio; y además se aportan las fichas técnicas de los vehículos, y el permiso de circulación que no se puede obtener sin la ficha técnica, ficha que de no haberse transmitido el vehículo, debería estar en poder del fabricante.

Y en cuanto a los camiones adquiridos por arrendamiento financiero, se han aportado los contratos, la ficha técnica, y el permiso de circulación.

De no haberse abonado todas las cuotas del leasing, los vehículos no estarían en poder del demandante, pues se hubiera dado por vencido el contrato.

Al respecto de la legitimación activa, en el ejercicio de acciones como la aquí ejercitada, dijimos en nuestra resolución dictada en el Rollo de Apelación AMM 1883/20, lo siguiente:

Para resolver el problema de la legitimación activa basta con acudir al artículo 10 de la LEC y a las resoluciones del TJUE que sirven de precedente a la regulación actual, en particular, a la Sentencia del TJCE de 20 de septiembre de 2001 (C-453, Courage) que establece un concepto amplio de perjudicado cuando admite que cualquier sujeto damnificado por un ilícito antitrust está legitimado para reclamar el resarcimiento de los daños sufridos, y a la Sentencia del TJUE de 13 de julio de 2006 (C-295 a C-298, Manfredi) que reitera que cualquier persona afectada por un comportamiento contrario a las normas de competencia puede solicitar la reparación del perjuicio sufrido. En la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, el concepto de "perjudicado" hace referencia a la persona que ha experimentado un daño o menoscabo moral o material, por consecuencia de la acción de un tercero (Sentencia de 14 de febrero de 1980). Desde una perspectiva amplia del concepto de perjudicado, están afectados por la conducta quienes pagaron de más en la adquisición de la propiedad o del derecho a la explotación de los bienes cartelizados,

La actora, a los efectos de acreditación de su legitimación activa, ha cumplido con la carga de la prueba al aportar con la demanda, las facturas de compra y el contrato de arrendamiento financiero datados en período de cartelización, a nombre de los demandantes, siendo indiferente la forma de pago de los camiones, porque con la citada documentación constan adquiridos por los demandantes."



La legitimación activa derivada de los contratos de arrendamiento financiero es examinada por la AP. de Valencia en su sentencia de 16 de Diciembre de 2019, estimando acreditada tal legitimación por la aportación de los contratos, y la factura:

En la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, el concepto de "perjudicado" hace referencia a la persona que ha experimentado un daño o menoscabo moral o material, por consecuencia de la acción de un tercero (Sentencia de 14 de febrero de 1980, ROJ: STS 73/1980 - ECLI:ES:TS:1980:73).

Desde una perspectiva amplia del concepto de perjudicado, esta Sección de la Audiencia de Valencia, considera que están afectados por la conducta quienes pagaron de más en la adquisición de la propiedad o del derecho a la explotación de los bienes cartelizados. No podemos desconocer la descripción de las características del mercado de los camiones que resulta de la Decisión de la Comisión, y en particular (parágrafo 26) que la adquisición de estos bienes se realiza por clientes industriales por tratarse de bienes duraderos para uso profesional, que, tienen un elevado coste, y que - añadimos - pueden estar sujetos a financiación, especialmente en el marco de un sector tan fragmentado como el del transporte en España.

Es indiferente, a nuestro criterio, que el pago del camión adquirido fuera satisfecho al contado, a plazos, o a través de arrendamiento financiero - como en el caso que nos ocupa -, porque el precio pactado con la financiadora no deja de estar vinculado al coste de la adquisición de los camiones. Cuestión distinta es la determinación del daño efectivamente sufrido porque no podrán formar parte de la indemnización conceptos ajenos al coste del vehículo, tales como costes financieros, de mantenimiento e incluso tributos. De facto, el juzgador "a quo", al fijar el importe objeto de condena excluye expresamente el IVA (FJ 9º in fine).

La actora, a los efectos de acreditación de su legitimación activa, ha cumplido con la carga de la prueba al aportar con la demanda (bloque documental 2) los contratos de arrendamiento financiero celebrados dentro del período de cartelización, a los que se incorpora la factura con el precio de uno de los camiones o el cuadro de amortización. Y con ocasión del interrogatorio de parte propuesto por la parte demandada, el legal representante de la actora explicó el proceso de adquisición de los camiones litigiosos a través del comercial de la zona de Xàtiva, la financiación de los mismos, y a preguntas de su letrado, afirmó haber pagado el importe de cada uno de ellos- cuya titularidad mantiene - ejercitando la opción de compra."

QUINTO.-FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA DE CNHI E IVECO,S.p.A.

Sostienen las recurrentes que a pesar de que CNHI en Iveco, son destinatarias de las decisiones, no son las responsables de la venta de camiones en España, no vendieron los camiones ni fijaron los precios, por tanto no puede reclamárseles un supuesto sobreprecio, en unas ventas en las que no han tenido intervención.

Alegan además, con respecto a CNHI, que solo participó en la conducta durante 18 días, tal como estableció la decisión de la Comisión, entre el 1 y el 18 de Enero de 2011, fecha en la que no se vendieron ninguno de los camiones de la actora.

El motivo de recurso no se acoge, porque la legitimación pasiva de las recurrentes para soportar la acción que se ejercita en la demanda, deviene de ser las destinatarias de la Decisión de la Comisión.

Así lo hemos establecido, en nuestra resolución dictada en el AMM 1883/20, en la que se da respuesta a alegaciones idénticas a las aquí planteadas:

" En el parágrafo 14 de la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016 se incluye a CNH Industrial en la descripción de las sociedades de Iveco que se consideran responsables de la infracción. Más adelante, en el parágrafo 43, cuando la Comisión se refiere a la solicitud de transacción de cada uno de los destinatarios de la Decisión, se hace expresa referencia al " reconocimiento, en términos claros e inequívocos, de su responsabilidad en la infracción". Y en el 97 (d) se le declara conjunta y solidariamente responsable de la infracción cometida por Iveco, en su condición de sociedad matriz por la conducta de su filial (indirecta) Iveco Magirus AG, desde el 11 de enero de 2011 hasta el 18 de enero de 2011, constando su reconocimiento de que, en dicha condición de sociedad matriz ejerció influencia decisiva sobre su filial Iveco SpA, así como sociedad matriz (indirecta) sobre la citada Iveco Magirus AG. Finalmente, en el artículo 4, aparece entre las destinatarias de la Decisión. De ello se deduce, a priori, su legitimación para soportar las acciones de reclamación de daños consecuencia de la infracción sancionada, sin necesidad de mayor razonamiento.

Dicho esto, no se puede extraerse la consecuencia que pretende la parte apelante para eludir el pronunciamiento de condena, con sustento en su no intervención en la venta al actor Sr. Camilo , dado que la comercialización en España se realizaba a través de Iveco España SL (no destinataria de la Decisión).

No sólo no hay impedimento legal, sino que es lo adecuado con arreglo al artículo 10 de la LEC , que el actor se dirija contra quien aparece como destinataria de la Decisión, y comercializa los productos afectados por la infracción a través de sus filiales nacionales, a tenor de la estructura de ventas que se describe en el parágrafo



25 de la Decisión de la Comisión (ya sean distribuidores y concesionarios propios, ya empresas concesionarias independientes). Precisamente, para salvar la falta de legitimación pasiva de quien no ha sido objeto de sanción (en la relación directa entre el comprador y la filial española), se plantea la reclamación frente al responsable originario, como titular de la relación jurídica u objeto litigioso.

La responsabilidad que resulta de la Decisión de la Comisión es solidaria. No puede exigirse al eventual perjudicado que haga una labor de investigación y valoración de las conductas de las destinatarias de la infracción en función de sus modificaciones estructurales y concretos períodos en que, en cada momento, operaron bajo una distinta denominación. Por ello, los coinfractores son conjuntamente responsables de la totalidad del perjuicio causado por la infracción, en el ámbito de la relación externa de la solidaridad, y sin perjuicio de la eventual distribución entre codeudores (relación interna).

No podemos perder de vista que, en la propia Decisión de la Comisión se hacereferencia a la modificación estructural de IVECO. A lo largo del párrafo 97 (en sus diversos apartados) menciona a Fiat Chrysler Automobiles NV como "antigua" sociedad matriz de Iveco SpA. En la Tabla 2 (párrafo 120) relativo a la duración de la infracción, se atribuye a la "empresa" Iveco un período comprendido entre el 17 de enero de 1997 y el 18 de enero de 2011. Y si volvemos al párrafo 97 encontraremos la relación de las sociedades que se consideran conjunta y solidariamente responsables de la infracción cometida. Resulta de lo actuado que el origen de CNH Industrial NV y de Fiat Chrysler Automobiles NV es la consecuencia de la separación de Fiat SpA, en 2011, en dos sociedades, así como de procesos de modificación estructural que condujeron a la conformación de las codemandadas (Nota 14 a pie de página relativa al párrafo 35 de la Decisión de la Comisión).

Sin perjuicio de cuanto se ha expuesto (suficiente para desestimar el motivo de apelación por resultar directamente de la Decisión de la Comisión que sirve de base a la acción ejercitada), simplemente apuntaremos la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la que, en relación a los conceptos de "empresa" y "unidad económica" es posible la extensión de la responsabilidad en el ámbito de la sucesión empresarial derivada de las modificaciones estructurales, que es cuestión que se aborda en la sentencia apelada, que cita, a su vez, la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2019, C- 724/17 . El TJUE dice en los apartados 38 y siguientes, que transcribimos:

"38 En el caso de una situación de reestructuración empresarial, como la del litigio principal, en la que la entidad que cometió la infracción del Derecho de la Unión en materia de competencia ya no existe, procede recordar que, cuando una entidad que ha cometido una infracción es objeto de un cambio jurídico u organizativo, este cambio no produce necesariamente el efecto de crear una nueva empresa exenta de responsabilidad por comportamientos contrarios a las normas sobre competencia de la antigua entidad sí, desde el punto de vista económico, existe identidad entre esta y la nueva entidad (véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de diciembre de 2007, ETI y otros, C-280/06, EU:C:2007:775 , apartado 42; de 5 de diciembre de 2013, SNIA/Comisión, C-448/11 P, no publicada, EU:C:2013:801 , apartado 22, y de 18 de diciembre de 2014, Comisión/Parker Hannifin Manufacturing y Parker-Hannifin, C-434/13 P, EU:C:2014:2456 , apartado 40).

39 Así pues, imputar la responsabilidad de una infracción a una sociedad en su condición de sociedad absorbente de la sociedad infractora cuando esta ya no existe no es incompatible con el principio de responsabilidad personal (sentencia de 5 de diciembre de 2013, SNIA/Comisión, C-448/11 P, no publicada, EU:C:2013:801 , apartado 23 y jurisprudencia citada).

40 Además, el Tribunal de Justicia ha precisado que, a efectos de la aplicación eficaz de las normas de la Unión en materia de competencia, puede resultar necesario imputar la responsabilidad de las infracciones de esas normas al adquirente de la empresa infractora cuando esta desaparece a consecuencia de su absorción por aquel, quien, en su condición de sociedad absorbente, adquiere sus activos y pasivos, incluidas sus responsabilidades derivadas de infracciones del Derecho de la Unión (sentencia de 5 de diciembre de 2013, SNIA/Comisión, C-448/11 P, no publicada, EU:C:2013:801 , apartado 25). 41 [...]

46 Por tanto, si una empresa responsable del perjuicio ocasionado por una infracción de las normas de competencia de la Unión pudiera eludir su responsabilidad simplemente por el hecho de que su identidad se ha visto modificada como consecuencia de reestructuraciones, cesiones u otros cambios de carácter jurídico u organizativo, se pondrían en peligro el objetivo perseguido por este sistema y el efecto útil de dichas normas (véase, por analogía, la sentencia de 11 de diciembre de 2007, ETI y otros, C-280/06 , EU:C:2007:775 , apartado 41 y jurisprudencia citada)."

SEXTO.- LA SENTENCIA VULNERA EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA- NO ES DE APLICACIÓN LA DIRECTIVA DE DAÑOS.-

Comenzamos el análisis de resto de los motivos de recurso, determinando el marco legal de aplicación para la resolución del presente litigio.



Las recurrentes inician su recurso, afirmando que EULEN no ha realizado esfuerzo probatorio alguno en relación con el presunto daño sufrido, a tenor de lo dispuesto en el art.1902, que era el régimen de responsabilidad extracontractual vigente en el momento de los hechos enjuiciados.

Alegan que la sentencia de instancia, considera de aplicación lo dispuesto en los arts,10 y 17 de la Directiva de Daños 2014/104/UE, así como los arts. 74 y 76 de la LCD introducidos por el Título II del Real Decreto Ley 9/2017, siendo todas ellas disposiciones sustantivas cuya retroactividad está prohibida, pues en contra de lo que se razona en la resolución recurrida:

- El momento de ejercicio de la acción no determina la aplicación temporal de las normas sustantivas de la Directiva de daños y del RDL 9/2017.
- El principio de interpretación conforme no es aplicable a este asunto.
- No se aplica la Disposición Transitoria Cuarta del CC.
- La STJUE de 28.3. 19, dice lo contrario de lo que se afirma en la sentencia, pues ratifica que las disposiciones sustantivas de la Directiva de daños no pueden aplicarse a situaciones de hecho anteriores a la propia adopción de la Directiva.

El motivo de recurso así formulado debe ser acogido, porque efectivamente el régimen legal de aplicación en el presente litigio, es el de la responsabilidad extracontractual del art. 1902 del Cc, pues como resulta de la *Sentencia del TJUE de 28 de marzo de 2019 (Caso Cogeco C-637/17)* no es posible interpretar el derecho nacional conforme a la Directiva, cuando los hechos que se enjuician son anteriores a la misma, atendida la incorporación de una norma particular expresa sobre el ámbito de aplicación temporal de sus disposiciones (artículo 22, apartados 1 y 2).

Por ello y para resolver el motivo de recurso que seguidamente analizaremos, el relativo a la prescripción de la acción, deberemos de partir de que el plazo de prescripción de aplicación a la acción ejercitada en la demanda es el del art. 1968 del C.c.

Sin embargo la no aplicación al supuesto de autos, de la presunción iuris tantum de existencia de daño recogida en el art. 76.3 de la LCD; y de la facultad del Juzgador de estimar los daños siendo su cuantificación difícil, recogida en el art. 76.2 de la LCD, no supone que tal presunción y tal facultad, no sean de aplicación en virtud de los criterios existentes con anterioridad a la Directiva tanto en le TJUE, cómo en nuestro TS.

Nos vamos a remitir a esos efectos a los razonamientos que se exponen en la St. De la AP. de Valencia de 16 de Diciembre de 2019, dando respuesta a alegaciones idénticas a las aquí efectuadas:

" Los hechos origen de la demanda son anteriores a la Directiva 2014/104/UE. Ello determina que la parte actora haya ejercitado su acción de reclamación de daños al amparo del artículo 1902 del C. Civil , y no al de la Ley de Defensa de la Competencia, derivado de la transposición de la Directiva 2014/104.

Como resulta de la Sentencia del TJUE de 28 de marzo de 2019 (Caso Cogeco C-637/17) no es posible interpretar el derecho nacional conforme a la Directiva, cuando los hechos que se enjuician son anteriores a la misma, atendida la incorporación de una norma particular expresa sobre el ámbito de aplicación temporal de sus disposiciones (artículo 22, apartados 1 y 2).

Sin embargo, no cabe desconocer el previo acervo jurisprudencial del TJUE conforme al cual debe interpretarse nuestro derecho, y en particular el artículo 1902 del C. Civil (en conexión con el artículo 1106 del mismo cuerpo legal) cuando la acción que se ejercita es la de reclamación de daños por infracción de las normas de la competencia.

Nuestro Tribunal Supremo, en la Sentencia de 7 de noviembre de 2013 (ROJ: STS 5819/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5819), anterior a la Directiva, ya definió los parámetros interpretativos aplicables por referencia a la jurisprudencia del TJUE, al enlazar el análisis de la cuestiones controvertidas (y en particular a la defensa del "passing on" por la parte demandada) al "principio general del Derecho de la competencia de que cualquier persona tiene derecho a solicitar la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la competencia (sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Pleno, de 20 de septiembre de 2001, caso Courage , asunto C-453/99 , y de la Sala Tercer , de 13 de julio de 2006, caso Manfredi, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04)." Y en defecto de una regulación comunitaria específica sobre el resarcimiento de daños y perjuicios en el Derecho de la competencia, afirmó que la cuestión había de resolverse aplicando las normas de Derecho interno.

Nos encontramos ante el mismo escenario en la medida en que, por ser los hechos anteriores a la entrada en vigor de la Directiva 2014/104 (y su ulterior transposición a nuestro ordenamiento), no cabe su aplicación retroactiva, lo que no significa - como hemos anunciado en las líneas precedentes - que no dispongamos de instrumentos



para resolver los temas litigiosos que se someten a nuestra consideración sin necesidad de forzar el principio de interpretación conforme, máxime cuando:

1) Los artículos 101 y 102 del TFUE producen efectos directos en las relaciones entre particulares, generando para los afectados, derechos y obligaciones que los órganos jurisdiccionales nacionales deben aplicar (se declara, entre otras, en la Sentencia del TJCE de 20 de septiembre de 2001- *Courage* C453/99 - en línea con otros pronunciamientos anteriores).

2) La Directiva 2014/104 se sustenta en los criterios jurisprudenciales precedentes del TJUE, por lo que no es necesario acudir a la cita - siquiera a efectos de interpretación orientativa - de un concreto precepto de la norma, porque en el considerando 12 se dice literalmente: "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."

3) Por tanto, acudiremos a la jurisprudencia comunitaria de la que Directiva se hace eco, para resolver los temas que nos plantean ambas partes litigantes. Y así en líneas generales (no exhaustivas):

a) La Sentencia del TJUE (Sala Quinta) de 5 de junio de 2014 (Caso *Kone*), en sus apartados 20 a 26 (ambos inclusive) recoge la doctrina del Tribunal sobre: i) La eficacia directa de los artículos 101 TFUE, apartado 1 , y 102 TFUE en las relaciones entre particulares (Sentencias BRT/SABAM, 127/73 , EU:C:1974:6, apartado 16; ii) La posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la competencia (sentencias *Courage* y *Crehan*, EU:C:2001:465 , apartado 26; *Manfredi* y otros, EU:C:2006:461 , apartado 60; *Otis* y otros, C 199/11 , EU:C:2012:684 , apartado 41, y *Donau Chemie* y otros, C 536/11 , EU:C:2013:366 , apartado 21) y el derecho a solicitar la reparación del daño sufrido cuando exista una relación de causalidad entre dicho daño y el acuerdo o la práctica prohibidos; iii) Ante la inexistencia de una normativa de la Unión en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las modalidades de ejercicio del derecho a solicitar la reparación del daño resultante de un acuerdo o práctica prohibidos por el artículo 101 TFUE , incluso a la aplicación del concepto de "relación de causalidad", siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad (sentencia *Manfredi*).

b) De la Sentencia *Manfredi* (C-295/04 a C-298/04) de 13 de julio de 2006, y a los efectos de interés para nuestra decisión, resulta que: i) "en virtud del principio de efectividad y del derecho de toda persona a solicitar la reparación del perjuicio causado por un contrato o un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la competencia, los perjudicados no sólo deben poder solicitar reparación del daño emergente, sino también del lucro cesante, así como el pago de intereses" , ii) "En cuanto al pago de intereses, el Tribunal de Justicia recordó en el apartado 31 de su sentencia de 2 de agosto de 1993, *Marshall* (C- 271/91 , Rec. p. I-4367) que suconcesión, según las normas nacionales aplicables, constituye un elemento indispensable de la indemnización." iii) Y en línea con lo plasmado en la Directiva, se excluye un eventual exceso de resarcimiento.

c) En el marco del ejercicio de una acción de resarcimiento, sin desconocer la situación concreta examinada por el TJCE en la Sentencia de 20 de septiembre de 1999 (*Courage*), son elementos a valorar por el juez en el marco de una acción de indemnización de daños y perjuicios " el contexto económico y jurídico en el que se hallan las partes, ..., el poder de negociación ... posición de inferioridad notoria con relación a la otra parte... capacidad para evitar el perjuicio o limitar su cuantía, ... " .

d) La Sentencia - ya citada - de 28 de marzo de 2019 - si bien en relación con el artículo 102 del TFUE - se refiere a ese acervo jurisprudencial, y cita, en particular a la Sentencia de 5 de junio de 2014 (*Kone* y otros C-557/12), fijando las mismas conclusiones apuntadas en el apartado a.

4) Tampoco podemos obviar que, con anterioridad a la Directiva, existían normas [Reglamento (CE) 1/2003 de 16 de diciembre de 2002] y trabajos a considerar (*Libro Verde sobre acciones indemnizatorias en 2005, Libro Blanco en 2008*), siquiera a efectos orientativos. Igualmente es importante citar la Comunicación oficial de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimientos de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 13 de junio de 2013, y la Guía Práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , también en 2013. De esta última resulta (amen de la identificación de los métodos de cuantificación) los siguientes aspectos relevantes para nuestra decisión:

a. El mero hecho de que las empresas participen en las actividades ilegales propias de un cártel, pese al riesgo que entraña para ellas la infracción de las normas de la competencia, " indica que esperan obtener substanciales

beneficios de sus acciones, es decir, que el cártel produzca efectos en el mercado, y, por consiguiente, en sus clientes ."

b. Las conclusiones que se expresan en los párrafos 139 a 145 de la Guía, se apoyan en un estudio encargado por la Comisión, sustentado, a su vez, en una serie de estudios empíricos ya existentes sobre los efectos de los cárteles. Se concluye, en concordancia con otros análisis, que en el 93% de los casos se producen sobrecostes, siendo el coste excesivo medio (resultante de los datos analizados) del 20%. Y dice en el 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 ."

5) En nuestro ámbito interno, sin perjuicio de salvar las diferencias propias de cada caso enjuiciado, la Sentencia de 7 de noviembre de 2013 (citada) nos ofrece pautas relevantes en orden a la valoración de las pruebas periciales y la cuantificación del daño. De su contenido se desprende que un escenario de dificultad probatoria no debe impedir que las víctimas reciban un importe de indemnización adecuado por el perjuicio sufrido, sino que tal dificultad justificaría una mayor amplitud o flexibilidad de los jueces para estimar el perjuicio en la medida en que el cálculo de las indemnizaciones haya de realizarse sobre hipótesis de situaciones fácticas no acaecidas realmente. Ello no permite, sin embargo, la arbitrariedad ni la confusión entre "flexibilidad" y solución "salomónica" carente de justificación.

Al hilo de lo anterior, recordamos la doctrina consolidada relativa a los principios de disponibilidad y facilidad probatoria que resulta, entre otras, de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2014 (ROJ: STS 5212/2014 - ECLI:ES:TS:2014:5212) en la que, con cita de la sentencia de 30 de marzo de 2010 (ROJ: STS 1866/2010 - ECLI:ES:TS:2010:1866), destaca que su aplicación " hace recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que se halla en una posición prevalente o más favorable, por la disponibilidad o proximidad a su fuente ." Criterio que se reitera en la Sentencia de 5 de octubre de 2016 (ROJ: STS 4273/2016 - ECLI:ES:TS: 2016:4273) y en la Sentencia de 7 de septiembre de 2019 (ROJ: STS 2854/2019 - ECLI:ES:TS: 2019:2854), que excluye su aplicación " cuando ambas partes litigantes se encuentran en la misma posición jurídica ." Ello exige la ponderación de quien ostenta la posición prevalente y la facilidad de acceso a la información

6) Añadimos, finalmente que, también nuestro Tribunal Supremo, en diversos supuestos (propiedad industrial, competencia desleal, ...) ha estimado correcta la presunción de existencia del daño cuando se produce una situación en que su existencia " se deduce necesaria y fatalmente del ilícito o del incumplimiento, o son consecuencia forzosa, natural e inevitable, o daños incontrovertibles, evidentes o patentes, según las diversas dicciones utilizadas. Se produce una situación en que "habla la cosa misma" ("ex re ipsa"), de modo que no hace falta prueba, porque la realidad actúa incontestablemente por ella ". Así resulta, entre otras, de la Sentencia de la Sala Primera de 17 de julio de 2008 (Rec. 2268/2001) o más recientemente, de la de 21 de octubre de 2014 (ROJ: STS 3936/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3936).

La Audiencia de Zaragoza (sección 5ª), en la Sentencia de 1 de septiembre de 2015 (ROJ: SAP Z 1823/2015 - ECLI:ES:APZ:2015:1823) se refiere a la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la indemnización correspondiente a los casos de daños o perjuicios causados como consecuencia de actos de competencia desleal, y la aplicación " por lo general, salvo ciertas excepciones " de la doctrina "ex re ipsa" (cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2014). Y extrae las siguientes conclusiones: 1) en principio, se presume la existencia del daño cuando deriva de actos de los que por la propia razón de las cosas el daño ha de haberse causado. 2) se requiere que tales actos o conductas sean de tal entidad o naturaleza que deba entenderse que producen necesariamente el daño, en cuyo caso, el afectado solo ha de probar el hecho del comportamiento desleal y la relevancia del mismo. 3) La aplicación debe hacerse con " cautela y prudencia " (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2014): la flexibilidad probatoria " no obsta al hecho de que a quien reclame la indemnización de unos daños y perjuicios corresponda su prueba inicial, o cuando menos la exposición razonada y convincente de los hechos que permitan valorarlo en su justa medida, conforme a Jurisprudencia mantenida constantemente, sin tener que pasar por el reconocimiento de cantidades por esta vía de indemnización claramente fuera de lugar, que carezcan del debido fundamento, sin prueba suficiente que permita con cierta claridad precizarla ."

La Audiencia de Alicante (Sección 8ª) ha tenido en cuenta la dificultad probatoria con que, en ocasiones, se encuentra la parte que reclama, y así lo indica, cuando toma en consideración que " la iniciativa probatoria ha partido del demandante que ha contado con unas fuentes de información limitadas y condicionadas por el propio demandado " (Sentencia de 31 de mayo de 2019, ROJ: SAP A 2183/2019 - ECLI:ES:APA:2019:2183).



Estos elementos (a modo descriptivo y no exhaustivo, o excluyentes de otros resultantes de las resoluciones del TJUE y de nuestro propio Tribunal Supremo) nos permiten fijar el marco en el que resolver las cuestiones controvertidas sin necesidad de forzar argumentos o referencias a los concretos preceptos de la Directiva (ni a la Ley de Defensa de la Competencia en su versión vigente tras la transposición), pues tales normas, como ya hemos apuntado, son el trasunto de los criterios ya existentes en los pronunciamientos del Tribunal de Justicia, lo que nos permite dar una respuesta conforme al derecho y jurisprudencia aplicable en el momento de producirse los hechos.

Por tanto, en el análisis de los presupuestos que resultan del artículo 1902 del C. Civil en interpretación conforme a los criterios de la jurisprudencia comunitaria, fijamos como primera conclusión la concurrencia del primero de los presupuestos exigidos por el artículo 1902: la existencia de una infracción reconocida, y declarada por quien tiene competencia para ello. La Decisión de la Comisión justifica el ejercicio de la acción planteada por la mercantil MANIPULADOS GUERRERO SANCHO SL en reclamación de daños y perjuicios, frente a quienes han sido destinatarias de la sanción impuesta por ella.

Ello nos permite seguir avanzando en los demás temas litigiosos."

En base a dichos criterios resolveremos el resto de los motivos de recurso.

SÉPTIMO.-LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN.-

Sostienen las recurrentes que el plazo de prescripción de la acción, había concluido a la fecha de la primera reclamación, efectuada el 28 de marzo de 2018, por cuanto que desde el 16 de Julio de 2016, fecha en la que se publicó la nota de prensa de la Comisión Europea informado de la Decisión, la demandante ya tuvo a su disposición todos los elementos fácticos y jurídicos necesarios para tomar pleno conocimiento de la situación y adquirir plena aptitud en su caso para litigar.

Respecto de este particular, sobre la determinación del dies a quo en la aplicación del art. 1968 del CC., en materia de defensa de la competencia, se pronunció la STS 528/2013, de 4 de septiembre, fijando la doctrina jurisprudencial conforme a la que el conocimiento del daño sufrido ha de determinar el inicio del plazo de prescripción. Esta doctrina se corresponde con la interpretación restrictiva de la prescripción, que obedece a criterios de seguridad jurídica y de presunción de abandono del derecho, estando asimismo conectada con el principio de indemnidad de la víctima, con la necesidad de preservar su derecho a ser íntegramente indemnizada en situaciones en que no ha podido, hasta entonces, conocer en su totalidad el alcance de su daño, por causas no imputables a su persona o comportamiento. Como conclusión, en la presente materia, el momento en que el perjudicado tiene acceso a la información sobre la infracción del Derecho de la competencia es en el momento en que está en condiciones de conocer el alcance del perjuicio sufrido y determinarlo, para poder reclamar en la demanda su indemnización.

Este acceso es el que le permite al perjudicado tener un conocimiento cabal del perjuicio sufrido.

Pues siendo cuestión nuclear la de fijar en qué momento tuvo la demandante acceso a la información precisa para tener conocimiento de la existencia de la conducta y el hecho de la misma que sea constitutiva de una infracción del Derecho de la competencia, de que se le había causado un daño, y de la identidad de los infractores (elementos que ya recogía a estos efectos de inicio de la prescripción el Libro Blanco de la Comisión Europea de 2 de abril de 2008, y que fueron a su vez recogidos en el art. 10.2 de la Directiva de daños, y que la citada STS entendió que se compadecían con la doctrina jurisprudencial sobre la prescripción antes expuesta). No se puede omitir que en la nota de prensa de 19 de julio de 2016: se indican las empresas sancionadas sin concretar su identidad con una cierta exactitud. De hecho, en la Decisión se recoge ya no sólo la denominación completa incluyendo su tipología mercantil, sino que se incluyen específicamente en algunos casos a filiales del grupo de que se trate.

A pesar de este conocimiento, conforme a la doctrina expuesta en la STS de 4 de septiembre de 2013, el momento en que la demandante puede tener conocimiento de que la conducta constituye efectivamente una infracción del Derecho de la competencia, y en que asimismo puede conocer en su totalidad el alcance del daño sufrido, es el del conocimiento de la resolución sancionatoria de la autoridad de la competencia.

Esta conclusión se compadece con la doctrina jurisprudencial conforme a la que el plazo de prescripción de un año para las obligaciones extracontractuales es indudablemente corto, y su aplicación no debe ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva (doctrina reiterada en la STS 709/2016, de 25 de noviembre).

Al presente caso, no es de aplicación por imperativo legal el art. 74.1 LDC, introducido por el Real Decreto-Ley 9/17 en transposición de la Directiva de daños, que establece un plazo de prescripción de cinco años, el principio de interpretación conforme no permita aplicar dicho plazo- supondría una aplicación contra legem no permitida por el TJUE-, sí que obliga a tener en cuenta la finalidad de la Directiva en la aplicación del Derecho



nacional. La Directiva establece un plazo mínimo de prescripción de estas acciones de cinco años; por tanto, dada la diferencia entre éste y el plazo del art. 1968.2 cc, éste último debe ser aplicado de la forma más flexible y amplia posible, lo que implica, en el caso de autos, no entender producido el dies a quo sino hasta que los posibles perjudicados por la infracción hubieran tenido la máxima información posible sobre la infracción y sus circunstancias, lo que tuvo lugar con la publicación del Resumen de la Decisión en 6 de abril de 2017 (en este sentido St. AP de Valencia de 16/12/2019)

En consecuencia, presentada la reclamación el 28 de Marzo de 2018, la acción entablada por la actora no había prescrito.

OCTAVO.-CNHI E IVECO HAN ACREDITADO QUE LA CONDUCTA NO ES SUSCEPTIBLE DE PRODUCIR EFECTOS EN EL MERCADO.

Sostienen los recurrentes en primer lugar, que de la propia Decisión no se puede extraer que la conducta sancionada hay tenido efectos en el mercado, porque la Comisión dice que no ha analizado a existencia de dichos efectos; y por ello el juzgado de lo Mercantil no puede concluir que la conducta sancionada, haya producido efectos en el mercado, siendo inaplicable al supuesto de autos el art. 76. 3 de la LCD.

Por ello la demandante debería acreditar la existencia de daño, lo que no ha hecho, pues en la propia sentencia se concluye que resulta inasumible el criterio de la pericial realizado a su instancia.

Añade que además las recurrentes, a través del informe pericial Compass, han acreditado que la conducta sancionada no es susceptible de generar efectos en el mercado.

Pues bien, con respecto a la primera de las alegaciones, la relativa a que la de la Decisión no puede extraerse la existencia de efectos en el mercado, nos vamos a remitir nuevamente a los razonamientos de la St. AP de Valencia de 23 de Enero de 2020:

"Sin perjuicio de las respectivas valoraciones que las partes hace del contenido de la Decisión y de los términos en los que se expresa la resolución apelada, de lo que no cabe duda para esta Sección de la Audiencia de Valencia, es que la Decisión reconoce un ilícito (que sanciona), y que dicho reconocimiento abre la vía al ejercicio de las acciones "follow on" a los eventuales perjudicados por las conductas colusorias que describe. La Comisión sanciona la conducta continuada de las destinatarias de la Decisión consistente en el intercambio de información con la finalidad de alterar, distorsionar o falsear el proceso de fijación independiente de los precios y su evolución normal en el espacio económico europeo, eliminando incertidumbres " y en último término de la reacción de los clientes en el mercado" (apartados 71 y 74).

Y aun cuando es cierto que en el apartado 82 - con cita de la jurisprudencia del TJUE - afirma que no es necesario " tomar en consideración los efectos reales del acuerdo" ni, a los efectos de su calificación, " demostrar que la conducta ha tenido efectos anticompetitivos, en la medida en que ha quedado probado su objeto anticompetitivo", ello no significa que podamos acoger la tesis de la demandada en orden a la ausencia de efectos de la conducta sobre el mercado. Que no se haya necesitado examinar el efecto real para calificar la conducta e imponer la sanción, no significa que se hayan descartado los efectos. Más bien al contrario: dicho lo anterior, en el apartado 85 es la propia Comisión la que establece la presunción de que la conducta sancionada " tiene efectos apreciables sobre el comercio". Y tan es así, que en la nota de prensa que se publica en la misma fecha, contiene un último apartado relativo a las acciones por daños dirigido a los eventuales afectados por la conducta descrita en el caso (documento 5 al folio 210 y siguientes del primer tomo).

Por tanto, en el análisis del primero de los presupuestos que resultan del artículo 1902 del C. Civil en interpretación conforme a los criterios de la jurisprudencia comunitaria, fijamos como primera conclusión la existencia de una infracción reconocida, y declarada por quien tiene competencia para ello, con efectos sobre el mercado, que permite seguir avanzando en el examen de los demás requisitos de la acción."

Y por lo que se refiere a la existencia de prueba sobre la ausencia de efectos en el mercado, compartimos la valoración del Juzgador de instancia, pues el informe aportado por las recurrentes, nada acredita en ese punto, ya que su finalidad no era otra que la de rechazar la cuantificación de los daños realizada por la actora, y por tanto, y aunque se acogieran sus conclusiones, de ello no podría concluirse la ausencia de cualquier efecto en el mercado, y si solo, lo no ajustado de la valoración pretendida por la demandante.

NOVENO.-INCORRECTA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS PERICIALES- INDEBIDA ESTIMACIÓN DEL SUPUESTO DAÑO.

Junto con este motivo de recurso analizaremos, los motivos de impugnación hechos valer por la demandante, que inciden en el mismo pronunciamiento que ahora será objeto de examen.



A) Sostienen las demandadas recurrentes, que el propio Juzgador reconoce en la sentencia de instancia, que el informe pericial de la demandante resulta inservible para el cálculo de los daños, al no ser más que una mera estimación subjetiva de los producidos, y por ello se debió desestimar la demanda, al no haber satisfecho la demandante la carga de la prueba que le correspondía.

En segundo lugar sostiene, que el informe pericial practicado a su instancia, no puede ser obviado en base a la doctrina sentada por el TS en su sentencia de 7 de Noviembre de 2013, ya que en el supuesto de hecho allí enjuiciado, se parte de la realización por parte de la infractora, de una conducta ilícita generadora de daños, lo que aquí no acontece, al ser una cuestión controvertida la existencia de los daños, y en su caso, que se hubieran producido respecto de las demandantes, y los camiones por ellas adquiridos.

Por tanto, no se puede rechazar su informe, del que se desprende la inexistencia de daños.

Las alegaciones de las recurrentes formuladas en los términos expuestos, deben ser rechazadas en virtud de lo ya razonado en los Fundamentos de Derecho Sexto y Octavo, pues la aplicación de las normas sustantivas sobre responsabilidad extracontractual y los criterios correctores procesales de la carga de la prueba, nos llevan a afirmar con carácter general, el derecho del perjudicado a obtener una compensación por la práctica anticompetitiva, aunque no pueda acreditar exhaustivamente, la extensión y alcance concreto de los daños sufridos.

Decíamos en nuestra resolución del AMM 1883/2019, fijando el marco legal de aplicación de las acciones de daños derivadas de prácticas anticompetitivas, lo siguiente:

"Hasta la promulgación del RD-Ley 9/2017, de 26 de mayo de 2017, de transposición de la Directiva de daños, nuestras LDC y LEC carecían de una disciplina típicamente procesal para regular la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia. Eso determinaba, en el plano sustantivo, 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, con dilución de algunos de los elementos propios de ese régimen de responsabilidad y, en el plano procesal, la adopción de criterios flexibilizadores de la carga de la prueba de los daños eventualmente sufridos por el actor, descompuesta en dos subelementos, constatación y cuantificación. El primero de ellos, la realidad del daño, venía facilitado por la aplicación de la regla ex re ipsa, reconocida en todas las facetas de la responsabilidad civil. El segundo de ellos, la cuantificación del daño sufrido, resultaba igualmente facilitado por las condiciones particulares de aplicación de este derecho señaladas por la STS núm. 651/2013, de 7 de noviembre, Ponente Rafael Saraza Jimena ("Sentencia del cártel del azúcar"), que reconoció como esfuerzo de cuantificación suficiente la recreación de un escenario hipotético pero razonable de estimación de los daños sufridos por el actor. Todo eso partía de una asunción previa, la imposibilidad de acreditar con plena exhaustividad la extensión y alcance concreto de los daños sufridos por el perjudicado por una práctica anticompetitiva, no pudiendo imponerse a ese lesionado, no al menos sin merma de la regla de indemnidad y con quiebra de esa doctrina jurisprudencial, una obligación de imposible acreditación de esos daños según un estándar de enjuiciamiento tan exigente como indeseable."

En contra de lo que se alega, y ante el escenario de dificultad probatoria y asimetría informativa, resulta de aplicación la doctrina sentada por el TS en su sentencia de 7 de Noviembre de 2013, porque aquí, y tal como ya hemos analizado en los Fundamentos de Derecho Sexto y Octavo, tenemos acreditada una conducta infractora generadora de daños, siendo de plena aplicación la doctrina ex re ipsa en los términos que se establecen por el TS en su sentencia de 17 de Julio de 2008, que estima correcta la presunción de existencia del daño (aparte, claro ésta, cuando haya una norma legal específica) < cuando se produce una situación en que los daños y perjuicios se revelan como reales y efectivos. Se trata de supuestos en que la existencia del daño se deduce necesaria y fatalmente del ilícito o del incumplimiento, o son consecuencia forzosa, natural e inevitable, o daños incontrovertibles, evidentes o patentes, según las diversas dicciones utilizadas. Se produce una situación en que "habla la cosa misma" ("ex re ipsa"), de modo que no hace falta prueba, porque la realidad actúa incontestablemente por ella. Entre otras numerosas Sentencias se pueden citar las de 25 de febrero y 19 de junio de 2.000, 29 de marzo de 2.001 y 23 de marzo de 2.007 >

B) En lo que se refiere a la cuantificación del daño, que se realiza en la sentencia de instancia, sostienen las demandadas recurrentes que en ningún caso podría utilizarse un informe teórico para calcular el daño, que es lo que hace el Juzgador de la instancia, teniendo en cuenta el informe Oxera del año 2009, acompañando con su recurso un informe elaborado por la propia Oxera de 6 de Mayo de 2019, del que se concluye que no puede utilizarse como base para calcular el nivel de sobrecoste, los resultados del informe Oxera de 2009.

Por su parte la demandante en su impugnación, alega que el informe pericial incorporado a su instancia, no ha hecho una estimación subjetiva de los daños, sino que de forma razonada se ha concluido que, no se pueden establecer métodos estadísticos ni econométricos, siendo el único método válido el estadístico, pero no el



particular del Pert sino el ofrecido por el trabajo del economista Abelardo , en el que se comparan 120 cárteles europeos con 191 resultados, obteniéndose de esa comparación la tasa media de sobre coste de 20,70%.

En cuanto al estimación judicial del daño alega, que es evidente que el Juzgador de la instancia ha utilizado métodos estadísticos, al igual que en informe de la actora, estando el contraste en las fuente utilizadas, y las razones que fundamentan el porcentaje, siendo a su juicio más razonables y justificados, los argumentos que fundamentan la conclusión del perito de la actora.

A la vista de dichas alegaciones, se va mantener la valoración efectuada, por el Juzgador de la instancia, pues las demandadas se opone a tal valoración con fundamento en la existencia de un informe no incorporado a los autos (al haber sido aportado de forma extemporánea), lo que ha impedido que su contenido haya podido ser valorado por este Tribunal, a los fines de examinar la procedencia de su motivo de recurso; no existiendo por tanto fundamento alguno para modificar la valoración contenida en la resolución recurrida.

Por su parte la demandante se limita a afirmar que, a su juicio son más razonables y justificados los argumentos de perito de la actora, pero no explicitar el porqué de tal afirmación, lo que obviamente tampoco no puede dar lugar a la modificación del criterio sustentado en la sentencia recurrida.

En definitiva el Juzgador de la instancia efectúa su valoración en base a los criterios que expone, explicitando las base de las que parte y el porqué de su utilización, sin que las recurrentes hayan desvirtuado de forma razonada, lo erróneo de la valoración y de los criterios que la sustentan, y por ello tal valoración debe ser mantenida.

DÉCIMO.- CUALQUIER SUPUESTO SOBRE COSTE FUE TRASLADADO POR EULEN A SUS CLIENTES AGUAS ABAJO.

Para dar respuesta a tal alegación nos vamos a remitir nuevamente a la Sentencia de la AP Valencia 23/01 /2020, que establece:

"Para resolver esta cuestión, vinculada a la valoración de los informes periciales aportados por las partes, retomamos los criterios que resultan de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013 (ROJ: STS 5819/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5819) cuando dice: " 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 obstan el éxito de la acción corresponde al demandado que los alega ." Y añade más adelante: " en el caso de reclamación indemnización por los daños causados por la actuación del cartel consistente en la concertación del incremento de precios, no es suficiente probar que el comprador directo ha aumentado también el precio de sus productos. Es necesario probar que con ese aumento del precio cobrado a sus clientes ha logrado repercutir el daño sufrido por el aumento del precio consecuencia de la actuación del cártel. (...) No se ha practicado prueba adecuada para acreditar tal extremo, pues la prueba propuesta y practicada solo acredita extremos relativos a la repercusión del aumento del precio. La inactividad probatoria de la parte demandada sobre este particular ha sido casi absoluta por cuanto que partía de la base de que no había existido cártel y los precios habían sido negociados ."

Como hemos anticipado en el apartado anterior, el informe pericial para acreditar el "passing on" no provoca nuestra convicción y no la provoca porque se limita a presumir que se daban las condiciones de mercado necesarias para que la actora trasladase cualquier eventual sobre coste a sus clientes.

No consta que esa hipotética transmisión haya operado con ocasión de la aplicación de las tarifas del transporte a los clientes. Y tampoco podemos extraer la conclusión pretendida por la parte demandada del hecho de que la actora no sea la titular de los camiones, a tenor de la dinámica de la operativa que rigió entre las partes, que hemos ido reseñando al examinar y valorar la prueba practicada a las actuaciones.

Lo expresado es suficiente para desestimar el motivo de apelación y confirmar la resolución apelada en lo que se refiere a este extremo."

Por lo expuesto se desestima el motivo.

UNDÉCIMO.-EL VEHÍCULO MODELO 65C15 CN MATRÍCULA NKZ NO ES OBJETO DE LA DECISIÓN.

Por el contrario, acogemos el motivo de apelación vertido por la parte apelante de que el vehículo con matrícula NKZ , del modelo Dayly, queda excluido del ámbito de aplicación de la Decisión de la Comisión Europea por tratarse de un vehículo comerciales ligero, tal como ya dijimos en nuestra resolución, ya citada, recaída en el Rollo AMM 1883/19:

"Mediante Decisión de 19/7/16, asunto AT.39824-Camiones ("la Decisión"), la Comisión Europea ("la Comisión") ha sancionado una infracción del derecho de la competencia cometida por los principales fabricantes europeos



de camiones medios y pesados, fijos o cabezas tractoras, que se desarrolló en el período 17/1/97-18/1/11 y que estribó en acuerdos sobre fijación de precios e incrementos de precios brutos de los camiones en todo el espacio europeo, así como sobre el calendario y repercusión de los costes para la introducción de nuevas tecnologías de emisiones exigidas por las normas Euro 3-6. Iveco es destinataria de la Decisión en cuanto a la fabricación y venta vehículos medios y pesados, pero no en la fabricación y venta de vehículos comerciales ligeros>.

Consideramos que el mero hecho de que el peso del vehículo ligero, pudiera en su caso superar el peso mínimo de los vehículos medios o pesados, no les convierte en vehículos de tal categoría, pues la Decisión no excluye a los vehículos ligeros en atención a su peso, y si a sus características, siendo múltiples las diferencias existentes entre los vehículos pesados, y semipesados y ligeros.

DUODÉCIMO.-IMPROCEDENCIA DE LOS INTERESES.

La siguiente cuestión controvertida es la que se refiere al devengo de los intereses, y para su resolución, reproducimos los razonamientos contenidos en la Sentencia de la AP. de Valencia de 23 de Enero de 2020:

" La demandante sostiene que procede la condena al pago desde la fecha en que operó la compra de cada uno de los camiones afectados (criterio acogido en la instancia por Auto de 18 de abril del 2019, dictado en aclaración de sentencia), y la parte demandada alega, en la Sección Cuarta del recurso: a) la infracción del artículo 215.2 de la LEC por no haberse dado traslado de la solicitud de rectificación de la sentencia,

b) incongruencia extra petita, a tenor del contenido de la demanda, c) la infracción de los artículos 1101 y 1108 del C. Civil por considerar que no procede el devengo de los intereses que se postulan por la actora.

Pasamos a pronunciarnos sobre los indicados aspectos:

Primero: Ciertamente, y visto el contenido del escrito por el que se postulaba la aclaración de la Sentencia - cuyo objeto era la modificación del pronunciamiento ya recaído sobre intereses - la Sala considera que debiera haberse dado traslado a la parte demandada, pues aun sustentada la petición en la alegación de un error material, la rectificación que se postulaba no era irrelevante en la medida en que implica una revisión del alcance del pronunciamiento sobre intereses, que es una partida económica importante en estos procedimientos.

Dicho esto, y aún cuando alega la nulidad del Auto de 18 de abril de 2019, no cabe acoger tal pronunciamiento porque ninguna indefensión se ha generado a la parte dado que: a) La sentencia ya fijaba el criterio aplicable en materia de intereses, aunque entendía que no se había formulado correctamente la petición en el suplico, lo que corrige a la vista del escrito de la actora, b) porque al recurrir de la resolución definitiva ha podido articular las razones por las que considera que no procede el devengo de intereses desde la fecha acordada y de facto, las ha alegado, por lo que hemos de estar a lo establecido en el artículo 465.4 de la LEC cuando prevé que el vicio o defecto procesal pueda ser subsanado en la alzada, que es lo que en realidad acontece al caso, al haberse planteado la cuestión, sobre la que nos pronunciaremos, dando respuesta a la recurrente.

Segundo: No apreciamos la incongruencia que se denuncia ni la infracción de las normas del C. Civil a que se refieren las demandadas.

La Sentencia del TJUE de 13 de julio de 2006, afirma que los perjudicados no sólo deben poder solicitar la reparación del daño emergente, sino también del lucro cesante, así como el pago de intereses, y estos han sido solicitados en el escrito de demanda, en los términos que explicaremos más adelante.

Respecto a su devengo y el momento a partir del cual se generan, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2012 (ROJ: STS 5462/2012 - ECLI:ES:TS:2012:5462) afirma: "... el pago de los intereses legales no ha sido impuesto a la recurrente por el Tribunal de apelación por el hecho de haber incurrido en mora, sino por haber sido calificada su deuda indemnizatoria como de valor, en el sentido de directamente relacionada con el poder adquisitivo de la moneda. / Los intereses constituyen uno de los medios de corregir los rigores nominalistas y de acercarse a la íntegra reparación del daño con la satisfacción determinada por la idea de una real equivalencia. Dicho criterio no es ajeno a la jurisprudencia - sentencias 601/1992, de 15 de junio , 1068/1998, de 21 de noviembre , 655/2007, de 14 de junio , entre otras -, que se ha servido de él para atender a las fluctuaciones del valor adquisitivo del dinero, incluso las producidas durante la tramitación del proceso. / Ello sentado, es regla que la cuantía de la indemnización no puede revisarse en casación y, aunque quepa hacerlo respecto a las bases en que se asiente su determinación - sentencia 1104/2006, de 20 de diciembre y las que en ella se citan -, éstas, en el caso, no pueden considerarse incorrectas."

En el suplico de la demanda (página 93) se pidió, en el apartado 1 (in fine) "los intereses que debidamente correspondan" y en el 2: "La Condena al pago de los intereses procesales desde la interposición de la presente demanda hasta el completo pago de lo declarado en Sentencia."



Ciertamente, el suplico no es claro, porque los intereses procesales no se devengan desde la interposición de la demanda, sino, en su caso, desde la sentencia (conforme al artículo 576 de la LEC). Sin embargo, en el apartado c) del fundamento jurídico Décimo de la demanda (folios 79 y 80 del primer tomo), la actora postula los intereses desde la fecha de adquisición de los vehículos, con invocación de la Guía Práctica de la Comisión y cita de pronunciamientos en los que se apoya lo que se pide, integrando con ello el suplico de la demanda.

Desestimamos, en consecuencia, el motivo de apelación planteado y confirmamos la resolución de instancia en su pronunciamiento sobre intereses (el Auto de 18 de abril de 2019 es parte integrante de la misma, a tenor del contenido del artículo 214.4 de la LEC, al quedar sujeta al recurso que proceda contra la resolución aclarada)".

DECIMOTERCERO.-COSTAS APELACIÓN.

Estimándose parcialmente el recurso no se hará pronunciamiento sobre las costas ocasionadas con su tramitación.

La desestimación de la impugnación conlleva la condena al pago de las costas ocasionadas con su tramitación.

DECIMOCUARTO.- La disposición adicional 15.ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), regula el depósito previo que ha de constituirse para la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, estableciendo en su apartado 9, aplicable a este caso, que la inadmisión del recurso y la confirmación de la resolución recurrida, determinará la pérdida del depósito.

DECIMOQUINTO.- La disposición adicional 15.ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), regula el depósito previo que ha de constituirse para la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, estableciendo en su apartado 8, aplicable a este caso que si se estimare total o parcialmente el recurso, en la misma resolución se dispondrá la devolución de la totalidad del depósito.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

En nombre de S.M. el Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español, y su Constitución

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso interpuesto por la procuradora Sra. MAITANE CRESPO ATIN en representación de IVECO SPA y CNH INDUSTRIAL NV, y desestimado la impugnación interpuesta por el procurador Sr. JESUS GORROCHATEGUI ERAUZQUIN en representación de EULEN SA ambas frente a la sentencia de fecha 3 de abril de 2019 dictada por el magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de los de Bilbao en autos ordinario nº 720/18, de que este rollo dimana debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución, en el único sentido de excluir de la condena impuesta a las codemandadas el sobrecoste del 15% correspondiente al vehículo modelo 65C15 con Matrícula NKZ .

Sin pronunciamiento sobre las costas del recurso.

Condenando a la demandante al pago de las costas ocasionadas con la impugnación.

Transfírase el depósito consignado por EULEN SA por la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de origen a la cuenta de depósitos de recursos inadmitidos y desestimados.

Devuélvase a IVECO SPA y CNH INDUSTRIAL NV el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe recurso de **CASACIÓN** ante la Sala de lo Civil del TS, **si se acredita interés casacional**. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LEC).

También podrán interponer recurso extraordinario por **INFRACCIÓN PROCESAL** ante la Sala de lo Civil del TS por alguno de los motivos previstos en la LEC. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LEC).

Para interponer los recursos será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la cuenta de depósitos y consignaciones que este tribunal tiene abierta en el Banco Santander con el número 4704 0000 00 1606 19. Caso de utilizar



ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** los recursos (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

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

VOTO PARTICULAR

que, al amparo de lo dispuesto en el art 260.1 de L.O.P.J, formula la Ilma. Sra. Magistrada D.ª Ana Belén Iracheta Undagoitia, a la sentencia dictada en el Rollo de Apelación nº 1606/19, al disentir del criterio mayoritario del Tribunal con relación a la valoración del daño causado por la conducta colusoria (FD noveno apartado B).

PRIMERO.- La sentencia que expresa el parece mayoritario mantiene la valoración del daño derivado de la conducta colusoria que realiza la sentencia apelada, cifra que resulta de aplicar un incremento del 15% sobre el precio de compra de los camiones-, cuestionado por ambas partes, con fundamento en la falta de aportación de argumentos que desvirtúen de forma razonada la valoración de la prueba que realiza el Juez de primera instancia. La resolución explica que las alegaciones de las demandadas se sustentan en un informe no incorporado a autos por aportación extemporánea (informe Oxera 2019), que ha impedido su examen por el Tribunal y las de la demandante en el mejor criterio del informe pericial aportado por dicha parte para la determinación de del daño (porcentaje de sobreprecio) respecto al de la sentencia apelada sin argumentos que justifiquen o expliquen la afirmación.

El razonamiento apunta a una configuración del recurso de apelación como un recurso de motivos, de manera que la sentencia de apelación se concibe como respuesta a cada una de los concretas alegaciones de las partes sobre las pretensiones formuladas, sin posibilidad de revisar la decisión adoptada en primera instancia con base en el resultado de los elementos de prueba obrantes en autos no alegados expresamente en el escrito recursivo ni en argumentos jurídicos que no hubieran sido ofrecidos por los recurrentes.

Tal conceptualización del recurso de apelación no se corresponde, a criterio de la suscribiente, con la regulación del recurso de apelación en nuestro proceso civil como recurso ordinario, que permite la plena revisión de todo lo actuado en primera instancia tanto en cuanto a los hechos como a la fundamentación jurídica en aquellas cuestiones sometidas por las partes al tribunal de segunda instancia a través del recurso, siempre que no se altere la "causa de pedir" que constituye el fundamento de la pretensión, o por el demandado como oposición .

Es esclarecedora al respecto la STS 391/2018, 21 de junio de 2018, recurso 2504/2017 que (ROJ: STS 2299/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2299), cuyo FD Segundo, que lleva por título ".Facultades revisoras del tribunal de segunda instancia", dice:

1.- El primer motivo se formula al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, contenidas en el art. 465 LEC , ya que la sentencia recurrida resuelve sobre pretensiones que no han sido deducidas en el recurso de apelación. Y se añade: "con vulneración de los artículos 216 y 218.1 LEC , al no respetar la sentencia recurrida el principio de justicia rogada y estimar que la sentencia no es clara, precisa ni congruente con las pretensiones deducidas

(...)

Decisión de la Sala :

1.- La parte recurrente confunde el ámbito de conocimiento del tribunal de apelación con el propio del tribunal de casación, en relación con el juego de los motivos de apelación y los motivos de casación.

El recurso de casación y el extraordinario por infracción procesal son recursos extraordinarios, que deben necesariamente fundarse en motivos taxativamente previstos en la Ley, que son los que delimitan a priori los límites del ámbito de conocimiento del tribunal encargado de resolverlos.

No ocurre lo mismo en el recurso de apelación que, sin perjuicio de lo previsto en el art. 465.5 LEC , se permite una revisión de la totalidad de las cuestiones que constituían el objeto litigioso resuelto en primera instancia. Es cierto que, dentro de este conocimiento propio de un tribunal de instancia, la Audiencia queda constreñida únicamente por la regla prevista en el art. 465.5 LEC , según la cual "el auto o sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteadas en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el art. 461". Pero esto no significa que los motivos



que se formulan en el recurso de apelación cumplan la misma función que en el recurso de casación y en el extraordinario por infracción procesal.

El art. 465.5 LEC ha de entenderse como que el tribunal de apelación debe resolver sólo las cuestiones controvertidas en el recurso de apelación y, en su caso, en el de impugnación del recurso, en cuanto que las partes pueden haberse conformado con algunos de los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia y haber ceñido la controversia en apelación a unas determinadas cuestiones.

Como dijimos en la sentencia 714/2016, de 29 de noviembre, la Audiencia Provincial tiene plenas facultades para revisar la valoración fáctica y jurídica realizada por el tribunal de primera instancia, puesto que ese es precisamente el objeto del recurso de apelación, como establece expresa y terminantemente el art. 456.1 LEC ("nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo").

2.- Lo anterior no significa que el recurso de apelación deba articularse en motivos cuyo análisis y resolución haya de realizarse de forma independiente unos de otros, de tal forma que lo alegado en uno no pueda ser tenido en cuenta en otros. El recurso de apelación debe analizarse en su conjunto, sin perjuicio de que puedan distinguirse distintas razones que fundamentan el recurso y que se analicen sistemáticamente unas detrás de otras.

3.- En nuestro caso, el escrito de apelación impugna la desestimación de la acción rescisoria y reitera la procedencia de su estimación, para lo que vuelve a insistir en que las cesiones en pago de deudas realizadas por OCASA son perjudiciales para la masa. Razón por la cual, al margen de que de forma innecesaria y un tanto confusa el escrito de apelación haga referencia a motivos más propios en su formulación de los de casación, eso no impide al tribunal de apelación analizar globalmente la cuestión controvertida en toda su extensión, en cuanto que no fue expresamente reducida por el apelante.

Por su parte, la STS de 25 de octubre de 2019, recurso 725/17, dice que, en principio, conforme al principio *iura novit curia*, el Tribunal de segunda instancia no queda vinculado por la argumentación jurídica de las partes, pero que únicamente será admisible un cambio de argumentación jurídica cuando no suponga cambio de la acción ejercitada.

Así, conforme a la interpretación que realiza el Tribunal Supremo de las disposiciones reguladoras del recurso de apelación y, en su caso de la impugnación, como recurso que permite la plena cognición de aquellas cuestiones planteadas en primera instancia que las partes hubieran deducido en los respectivos recursos, no se aprecia impedimento para proceder a la revisión de la cuestión referente a la valoración del daño causado por la conducta cartelizada, con la que ambas partes se han mostrado disconformes, sin la constricción de las alegaciones realizadas por las partes en sus escritos recursivos en defensa de sus postulados

SEGUNDO.- En los dos recursos (apelación e impugnación) se protesta que la sentencia apelada no haya aceptado las conclusiones sobre las consecuencias daños del cartel de los respectivos informes y se critica que la resolución recurrida haya establecido como base para la cuantificación del daño (sobreprecio) la media entre el mínimo del sobrecoste calculado en el estudio Oxera para para el 70% de los carteles (10%) y la parte mas baja de la horquilla del promedio - 20%-, del sobrecoste ese 70% de los carteles según los resultados de los estudios realizados por el informe Oxera.

En el recurso de apelación de las demandadas se dice que la sentencia apelada no ha considerado válido el informe pericial presentado por dicha parte (informe Compass Lexecon), con fundamento en el criterio establecido en la STS 651/2013 de 7 de noviembre, sin detenerse a valorar si el supuesto es igual que el de aquella sentencia y que el informe Oxera (año 2013) no es válido para la valoración de los daños derivados de la conducta de la que se trata porque la propia Oxera ha elaborado recientemente un informe titulado " Como evaluar los efectos de la infracción en el mercado de camiones", en el que concluye que el informe anterior no puede utilizarse como base para calcular el sobrecoste en asuntos como el enjuiciado y destaca algunos puntos del informe.

Por su parte, la demandante aduce en su recurso que su informe pericial es profuso y detallado y bien razonado , que no se pueden hacer estudios econométricos porque no hay listados de precios brutos de camiones, no hay previsiones específicas de mercado para cada país, no se conocen los descuentos, rappel por compras y que el único criterio posible es el estadístico, que es el que utiliza su informe , pero no el propio de su perito de la actora sino el del economista D. Abelardo , y que la opinión del perito de esa parte es compartida por el Consejo de Economistas Forenses (REFOR) y añade que el Juez de primera instancia ha utilizado métodos estadísticos para la cuantificación del daño al igual que su perito, bien que obtenidos de distintas fuentes, siendo más razonables y justificadas las de la demandante.

La STS 651/2013, 7 de noviembre de 2013, recurso 2472/2011, dictada en el llamado cartel del azúcar, formula una serie de las pautas sobre el contenido los informes periciales en acciones de daños y perjuicios por



conductas contrarias a la competencia y sobre la cuantificación del daño. La sentencia señala que lo exigible al informe pericial de la parte perjudicada es que formule una hipótesis razonable técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos y en cuanto al informe emitido por la causante del daño, que con carácter general no es suficiente que se limite a cuestionar la exactitud y precisión de la cuantificación realizada por el informe aportado a instancia del perjudicado, sino que es necesario que justifique una cuantificación mejor fundada.

En cuanto a la valoración de los daños, la sentencia destaca la imposibilidad de realizar una reproducción perfecta de cuál hubiera sido la situación si no se hubiera producido la conducta ilícita, y señala que la ineludible realización del cálculo de las indemnizaciones sobre hipótesis de situaciones fácticas no acaecidas realmente puede justificar una mayor flexibilidad en la estimación de los perjuicios por el juez, pero no pueden confundirse los perjuicios con una decisión salomónica.

La Guía práctica que acompaña a la Comunicación a la Comisión para la cuantificación del perjuicio en las demandas de daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 y 102 del Tratado, informe Oxera 2013, (Tomo II, f. 886 y ss), recoge una serie de métodos comparativos y técnicas para establecer un mercado sin infracción y para cuantificar el perjuicio (coste excesivo). La Guía indica que, según un estudio encargado por la comisión sobre carteles que iniciaron su actividad a partir del año 1960, el 93% de los carteles ocasionan costes excesivos y que cerca del 70% de los carteles contemplados en el estudio tiene un coste excesivo entre el 10% y el 40% y que el coste excesivo medio observado en estos carteles es, de aproximadamente, el 20%. En el apartado 144 señala que la discrepancia en los costes excesivos observados es considerable.

En el epígrafe 149 señala que las conclusiones sobre los efectos de los carteles no pueden sustituir a la cuantificación del perjuicio específico sufrido por los demandantes en un asunto concreto.

La sentencia apelada no acepta los informes periciales de ninguna de las partes. El de las demandantes por establecer una cuantificación del daño (valoración de sobreprecio y gastos de adecuación medio ambiental) subjetiva sin haber seguido ninguno de los métodos de cuantificación del daño establecidos en la Guía de la comisión y el elaborado a instancia de las demandadas por limitarse al análisis y crítica del realizado por la actora, sin realizar una cuantificación del daño.

Las razones que expresa la sentencia apelada para rechazar los informes periciales de las partes, que se asumen y comparten, evidencian que ninguno de ellos se adecúa a las pautas establecidas en la STS 7 de noviembre de 2013.

Y es que el informe del demandante se fundamenta en estudios estadísticos ajenos al objeto del proceso y no en hipótesis fácticas contrastables, como serían las resultantes de los métodos indicados en la Guía de la Comisión, sin que se acepte la imposibilidad de realizar una cuantificación del daño por alguno de los indicados en la Guía y, como señala este documento en el epígrafe 149, las conclusiones sobre los efectos de los carteles no pueden sustituir a la cuantificación del perjuicio específico sufrido por los demandantes en un asunto concreto, mientras que el informe de la demanda se limita a señalar la inhabilidad del formulado de contrario para la cuantificación del daño sin formular una alternativa.

Ahora bien, como dice la ST 7 de noviembre de 2013, la dificultad probatoria no debe impedir que las víctimas reciban una indemnización adecuada al perjuicio.

Por tanto, no habiéndose aceptado ninguno de los informes periciales aportados por las partes, la cuantificación del daño deberá realizarse a la vista de las demás pruebas obrantes en autos.

Uno de los elementos para la ponderación del daño es el informe Oxera (2013), que es el al que acude el Juez de primera instancia, cuyas estimaciones sobre costes excesivos ocasionados por conductas cartelizadas ya se han recogido. Pero la valoración del daño no puede realizarse a partir de una simple media aritmética entre el porcentaje medio estimado más bajo de la horquilla (10%) y el porcentaje medio (20%) de los sobrecostes del 70% de los carteles, sino que debe realizarse valorando las circunstancias del caso concreto y, ponderadas las concurrentes, no se considera adecuada la decisión adoptada en la sentencia apelada - porcentaje del 15% sobre el precio de compra- considerándose más adecuada la utilización como base del cálculo de sobreprecio el 5% por las razones que se señalan a continuación:

La existencia de daño se ha declarado por aplicación de la doctrina " ex re ipsa", que, como señala la SAP Valencia de 11 de diciembre de 2019, recurso 1071/2019, impone la actuación con mucha cautela pues no es equiparable a un supuesto en el que se ha cumplido efectivamente la carga de la prueba del daño y se han expresado unas conclusiones válidas del daño aunque sea en términos de probabilidad.

La conducta sancionada consistió, según la Decisión de la Comisión, en intercambio de listas de precios brutos- precio de lista bruto inicial fijado en la sede central- e intercambio de información sobre precios brutos.



Es incuestionable que los precios brutos inciden en los netos pero sobre los precios brutos se producen distintas modificaciones hasta que llegan al cliente final: precios de transferencia a través de distribuidoras, concesionares y finalmente precio de venta al cliente que según la comisión reflejan importantes rebajas sobre el precio inicial.

El producto incorpora muchas variaciones según las necesidades de cada cliente que inciden en el precio final.

Y como señala la SAP Pontevedra de 12 de mayo de 20120, la carga de la prueba de la existencia del daño sobre la aportación de criterios que permitiesen recrear con fiabilidad el comportamiento del mercado de camiones en dichos períodos si no hubiera existido el cártel la soportaba el actor , lo que permite optar por valores inferiores de la horquilla.

A lo dicho se añade que las circunstancias son iguales que las de otros procedimientos judiciales seguidos por las mismas conductas en los se ha fijado el porcentaje del sobreprecio en el 5%. Así, en las SS AP de Valencia, Sección novena de 11 de diciembre de 2019, recurso 1071/2019 y en la de 16 diciembre y ulteriores de la misma Audiencia y en las SAP Pontevedra, Sección Primera de 28 de febrero y nº 213, de 12 de mayo de 2020, recurso 116/2020.

Conforme a tal criterio la indemnización debería ser el 5% del precio de adquisición de los camiones.

En consecuencia, el recurso de las demandadas debió de ser estimado en lo referente a la cuantificación del daño.

En Bilbao a 13 julio de 2020.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Magistrados que la firman, y leída por la Ilma. Magistrada Ponente el día 21 de julio de 2020, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.