



Roj: **SAP BI 2187/2022 - ECLI:ES:APBI:2022:2187**

Id Cendoj: **48020370042022100701**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Bilbao**

Sección: **4**

Fecha: **02/09/2022**

Nº de Recurso: **217/2022**

Nº de Resolución: **895/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANA BELEN IRACHETA UNDAGOITIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA. SECCIÓN CUARTA

BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA. LAUGARREN ATALA

BARROETA ALDAMAR, 10-3ª planta - 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: 48.04.2-19/023094

NIG CGPJ / IZO BJKN :48020.47.1-2019/0023094

Recurso apelación mercantil LEC 2000 / Apelazio-errekurtsoa; merkataritza-arloa; 2000ko PZL 217/2022 - E

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao / Bilboko Merkataritza-arloko 2 zenbakiko Epaitegia

Autos de Procedimiento ordinario 989/2019 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: TECNIRUTA CONCISA S.A., Víctor y IVECO S.P.A.

Procurador/a/ Prokuradorea: ABRAHAM FUENTE LAVIN, ABRAHAM FUENTE LAVIN y MAITANE CRESPO ATIN

Abogado/a / Abokatua: JAIME CONCHEIRO FERNANDEZ, JAIME CONCHEIRO FERNANDEZ y CRISTINA MENDEZONA GONZALEZ DE AUDICANA

Recurrido/a / Errekurritua:

Procurador/a / Prokuradorea:

Abogado/a/ Abokatua:

SENTENCIA N.º 895/2022

ILMOS. SRES.

D.ª REYES CASTRESANA GARCIA

D.ª ANA BELEN IRACHETA UNDAGOITIA

D. EDMUNDO RODRIGUEZ ACHUTEGUI

En Bilbao, a dos de septiembre de dos mil veintidós.

La Audiencia Provincial de Bizkaia. Sección Cuarta, constituida por los Ilmos. Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Procedimiento ordinario 989/2019 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao, a instancia de TECNIRUTA CONCISA S.A., y D. Víctor , apelantes - demandantes, representados por el Procurador D ABRAHAM FUENTE LAVIN y defendidos por el Letrado D.



JAIME CONCHEIRO FERNANDEZ, contra IVECO S.P., apelante - demandado, representado por la Procuradora D.ª MAITANE CRESPO ATIN y defendido por la Letrada D.ª CRISTINA MENDEZONA GONZALEZ DE AUDICANA; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 1 de septiembre de 2021.

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.- El Fallo de la sentencia de fecha 1 de septiembre de 2021 es del tenor literal siguiente:

"FALLO

ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda formulada por el procurador Sr. Fuente Lavín, en nombre y representación de de la mercantil TECNIRUTA CONCISA, S.A., y D. Víctor frente a Iveco S.p.A., **condenando a la demandada a:**

1. **Indemnizar** a los demandantes en la cantidad que resulte de aplicar el porcentaje del **5%** al precio/valor (excluidos impuestos) de los vehículos objeto del procedimiento.
2. En todos los casos **más el interés legal** desde la interposición de la demanda hasta la fecha de la presente resolución, momento a partir del cual y hasta el completo pago se incrementará en dos puntos el interés legal.
3. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad. "

SEGUNDO.- Notificada dicha Resolución a las partes, por la representación de la parte demandante y 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 217/22 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 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 ANA BELEN IRACHETA UNDAGOITIA.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tecniruta Conscisa SL, en adelante Tecniruta, y D. Víctor formularon demanda contra IVECO SPA, en la que ejercitan acción de daños consecutiva a la Decisión de la Comisión Europea de fecha 19 de julio en el denominado cártel de los camiones en el que se sancionó a Iveco, entre otros fabricantes de camiones medios y pesados, por prácticas restrictivas de la competencia con el postulado de condena a la demanda a indemnizar en la suma de 36.155,45 euros, más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda y al pago de las costas.

Como fundamento de la demanda alega, en síntesis, que las prácticas anticompetitivas que determinaron la sanción de la comisión, que consistieron acuerdos sobre la fijación de precios brutos de los camiones y calendario y repercusión de los costes de introducción de tecnologías de emisiones exigidas por las normas Euro 3 a 6, tuvieron lugar en el periodo comprendido entre el 17 en. 1997 y el 18 en. 2011 y que en el periodo de vigencia del cártel, los demandantes adquirieron los siguientes camiones: Tecniruta SL: vehículo matrícula ZE , compraventa, precio 46. 368, 08 euros, sin IVA, fecha de compra 1 oct. 1999; camión matrícula RA PF , compraventa, precio 46. 368, 08 euros, sin IVA, fecha de compra 24 febr. 2000 D. Víctor : vehículo matrícula RO , leasing, precio 31.598 euros sin IVA, fecha de adquisición (contrato de leasing) 15 abril.1999; vehículo matrícula HB , leasing, precio 31.598 euros sin IVA, fecha de adquisición (contrato de leasing) 18 febrero 2002; que las características de los camiones coinciden con las de los afectados por la decisión de la Comisión y que la actuación del cártel ha supuesto un sobrecoste de 36.155,45 euros, que resulta de la aplicación de un porcentaje del 16,35%?de precio bruto de compra, lo que justifica en un informe pericial elaborado por D. Alejandro y ocho más

La demandada, que se opuso a la demanda, alegó falta de legitimación pasiva, por no haber sido parte de los negocios de los que trae causa la adquisición de los camiones por los demandantes, ni tener relación con la fijación de precios de los camiones, que realiza de cuya IVECO España, que es quien comercializa los camiones IVECO en España y fija la lista de precios brutos y netos, a su vez los distribuye a los concesionarios que son quienes venden la mayor parte de los camiones y a empresas de leasing que a su vez establecen



arrendamientos financieros con los usuarios finales; falta de legitimación activa, por no haber acreditado la adquisición de los vehículos; prescripción de la acción, por haber transcurrido más de un año desde la publicación de la Decisión de la Comisión en la fecha de presentación de la demanda (24 junio 2019), sin que las actuaciones realizadas por la representación de los demandantes en el lapso tengan eficacia interruptiva y, en cuanto al fondo, que la Decisión de la comisión no establece la existencia de sobreprecio ni determina los efectos de la conducta en el mercado, que la conducta sancionada fue el intercambio de información de listados de precios brutos, no la existencia de acuerdos para la fijación de precio y que el intercambio de información no es apta para producir efectos sobre los precios en ningún nivel de la cadena y que una conducta sobre precios brutos no es apta para producir efectos sobre precios netos; que no se ha probado la existencia de daño, que el informe pericial aportado por la demandante no acredita la existencia de daños ni la existencia de vínculo de causalidad entre la conducta descrita en la decisión y cualquier hipotético daño y que aun cuando se considerara que la parte actora había pagado sobreprecio, no habría sufrido daño pues lo habría repercutido a sus clientes ("passing on"). Además, denuncia que el informe pericial de la actora adolece de graves deficiencias y aporta un informe elaborado por Compass Lexecon como elemento de prueba de la inexistencia de daño y con base en tales consideraciones solicita la desestimación de la demanda.

La sentencia de primera instancia, tras rechazar la excepción procesal de prescripción y las perentorias de falta de legitimación activa y falta pasiva, entra en el examen de la cuestión de fondo y estima parcialmente la demanda- condena a indemnizar la cantidad resultante de aplicar un 5% al precio de adquisición sin impuestos, con el interés legal desde la fecha de la sentencia, con fundamento en los siguientes argumentos: i. existencia de sobreprecio: la Decisión de la Comisión presume que la conducta sancionada ha tenido efectos apreciables y el informe aportado por la demanda no es convincente al defender la falta de incidencia de las actuaciones de los cartelistas sobre los netos: el incremento de cualquiera de los factores que incide en la determinación del precio neto, entre los que se encuentra el precio bruto incide en aquel sino se modifican en igual medida otras variables que pudieran neutralizarlo y el informe no dice nada sobre los precios brutos de IVECO, que fueron los primeramente afectados por la conducta, a lo que añade que el informe circunscribe el estudio comparativo al periodo ulterior a la infracción cuyos efectos es razonable pensar que no desaparecieron automáticamente ii. cuantificación del perjuicio: a) método sincrónico: los mercados comparados no son semejantes: el número de vehículos ligeros (569) y de furgonetas (2.734) es significativamente inferior que el de los camiones medios y pesados (5843); en el mercado de los camiones medios y pesados hay un factor asociado de sobrecostos que es la reducción de empresas oferentes consecuencia de las operaciones de concentración y disminución del mercado de la oferta; no se han utilizado las mismas variables en las fórmulas aplicadas, en los camiones ligeros y en las furgonetas se ha prescindido de la variable marca por no coincidir las mismas marcas en camiones medios y pesados, que es una variable relevante; se prescinde de los datos reales de 1997 y de 2011, pero se hace una estimación de los mismos a través de otras índices para su inclusión en el valor de sobre costo, no se tienen en cuenta otros datos que afectan al precio como la evolución de la demanda y costes b) método diacrónico: se utilizan unidades de medida de potencia no equivalentes (Kw y CV) en los distintos periodos analizados; la variable que captura el impacto que tienen los costes de producción sobre los precios netos de los camiones de la actora, el modelo predice un efecto negativo, de manera que los precios netos disminuyen cuando aumentan los costes de producción, lo que no resulta lógico; se asume sin justificación que los precios netos de los camiones tienen una tendencia lineal temporal (tasa de variación constante en el tiempo), lo que introduce un sesgo al alza en la estimación de sobrecostos; la muestra no esta balanceada en la medida que el número de camiones medios y pesados de cada fabricante cambia sustancialmente a lo largo del tiempo y el cambio no esta en línea con la importancia relativa de las empresas de mercado; la muestra no es representativa de los precios netos de IVECO iii. El informe de la demandada tampoco es aceptable; en el método diacrónico hace una réplica del demandante, limitándose a corregir el error en la potencia de motor y la variable tendencia, cuando lo deseable sería sustituir la tendencia por aquellos factores que, a criterio de la demandada, influyen en precio neto iv. La desestimación de los informes periciales no debe llevar a la desestimación de la demanda sino que partiendo de la existencia de daño procede realizar una estimación prudencial, que se fija en el 5%, que es el admitido por diversas Audiencias. v. No se ha probado que el incremento de precio se hubiera repercutido a los clientes

Frente a dicha sentencia ha interpuesto sendos e recursos de apelación ambas partes.

La demandante, que postula la revocación de la resolución recurrida y el dictado de otra en su lugar que estime íntegramente la demanda con fundamento en las siguientes alegaciones: i. error en la valoración de la prueba e infracción del artículo 348 LEC por no haber valorado el informe de la actora de acuerdo con las reglas de la sana crítica y haber conculcado la doctrina del Tribunal Supremo y el principio de efectividad. ii. vulneración del derecho a la reparación integral del daño al conceder de manera arbitraria una indemnización muy inferior a la solicitada iii. Infracción del artículo 101 del TFUE iv. Infracción del artículo 72 de LDC y de la jurisprudencia TJUE sobre reparación integral del daño v. infracción de la DA 2º RDL 9/2017 y de la jurisprudencia TJUE sobre



el principio de efectividad; vi infracción del artículo 1902 CC vii. Error en cuanto al dies a quo de devengo de interés.

Por su parte, la demandada, que pretende la revocación de la resolución recurrida y el dictado de otra en su lugar que la desestime alega: i. no concurrencia de dos de los requisitos establecidos en el artículo 1902 CC (daño y nexo causal entre la conducta sancionada por la comisión y el supuesto daño) ii. improcedencia de la estimación judicial del daño iii. Prescripción de la acción iv. inclusión en el precio de adquisición de los vehículos adquiridos en renting de conceptos ajenos al precio de adquisición.

SEGUNDO- Por exigencias de orden lógico procesal procede examinar en primer lugar la excepción perentoria de prescripción.

En apoyo de la prescripción de la acción de daños, a la que no se discute es de aplicación el plazo de un año (artículo 1968 CC), se alega que los demandantes tuvieron conocimiento detallado de los hechos constitutivos de la infracción y de los intervinientes en la fecha en la que la comisión hizo pública la sanción en la nota de prensa y en la página web de la información parlamentaria (19 jul. 2016), donde se describe de forma pormenorizada la conducta sancionada y el ámbito geográfico y temporal e informa a los afectados de la posibilidad de interponer las correspondientes acciones, a lo que añade que todos los medios de comunicación españoles y del resto de Europa informaron de forma amplia sobre la Decisión sancionadora y su contenido y que las cartas de reclamación enviadas por los demandantes a la demandada son de fecha posterior al 19 jul. 2017, por lo que no hubo interrupción del plazo prescriptivo de un año, a lo que añade que aún cuando se reputara día inicial del cómputo del plazo prescriptivo el de la publicación de la Decisión (6 de abril de 2017), la acción había prescrito porque la demandada recibió la reclamación cuando ya había transcurrido más de un año desde la publicación de la Decisión.

Sobre la cuestión de la prescripción trata la sentencia de esta sección 228/2022 de 24 de febrero de 2022, recurso 949/21 (ROJ: SAP BI 437/2022 - ECLI:ES:APBI:2022:437) en el que también es parte IVECO que dice:

15.- Desde bien antiguo (STS 17 enero 1928, ECLI:ES:TS:1928:1562 , 29 junio 1935, ECLI:ES:TS:1935:1084) la jurisprudencia sostiene que el fundamento de la prescripción es la seguridad jurídica. La institución trata de evitar incertidumbre al acreedor que puede exigir el cumplimiento de obligaciones en una relación jurídica, y al deudor que tiene que saber hasta cuando le puede ser exigida, puesto que el transcurso del tiempo puede generar la legítima expectativa de que se ha abandonado el derecho a exigir una prestación. Siendo ese su fundamento, y no razones de justicia intrínseca, se trata de una institución que debe interpretarse de forma restrictiva. Dice así la STS 877/2005, de 2 noviembre, rec. 605/1999, ECLI:ES:TS:2005:667 que " el instituto de la prescripción, al no estar constituido sobre principios de la justicia intrínseca, ha de ser tratado con un criterio restrictivo ".

16.- Tal criterio desfavorable a apreciar la prescripción lleva a la STS 1221/2001, de 19 diciembre, rec. 2667/1997, ECLI:ES:TS:2001:10050 , a afirmar que es " idea básica para la exégesis de los artículos 1969 y 1973 del Código Civil , el que siendo la prescripción una institución no fundada en principios de estricta justicia sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica, su aplicación por los Tribunales no debe ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva ", expresión que va a reiterarse de forma frecuente por el Tribunal Supremo (STS 623/2016, de 2 octubre, rec. 1880/2014, ECLI:ES:TS:2016:4539 , 708/2016, de 25 noviembre, rec. 2642/2014, ECLI:ES:TS:2016:5229, 721/2016, de 5 diciembre, rec. 2987/2014, ECLI:ES:TS:2016:5311, STS 142/2020, de 2 marzo, rec. 2958/2017, ECLI:ES:TS:2020:702 , STS 279/2020, de 10 junio, rec. 2770/2017, ECLI:ES:TS:2020:2200 , y STS 182/2021, de 30 marzo, rec. 267/2018, ECLI:ES:TS:2021:1265).

17.- Tal hermenéutica se aplica por la sentencia recurrida correctamente, puesto que no puede compararse el grado de accesibilidad y conocimiento de una nota de prensa que se publica en una página web, con la difusión del Diario Oficial de la Unión Europea. A ello se suma que nuestro art. 1969 CCv disciplina la prescripción con un marcado carácter subjetivista, al indicar que " El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse ". Se matiza así la doctrina de la actio nata , lo que nuestro Tribunal declara desde hace mucho tiempo, pues ya dijo en STS de 25 enero 1962, ECLI:ES:TS:1962:279 , que tal doctrina, " que se limitaba a afirmar que para que la prescripción fuera posible era preciso que la acción hubiera nacido, y que dejaba sin resolver la cuestión de cuándo debe entenderse que nació ", está superada y es más adecuada la "teoría de la realización", que " sostiene que la acción ha nacido cuando puede ser realizado el derecho que con ella se actúa ".

18.- Ya en este siglo la STS 528/2008, de 5 junio, rec. 838/2001, ECLI:ES:TS:2008:4416 , dispuso que " si la prescripción extintiva comenzara a correr antes de que la acción pudiera ejercitarse, se daría el contrasentido de que se castigaba al titular de un derecho por una inactividad que le imponía la Ley o la propia convención, y de ahí que no se pueda reprochar al titular de un derecho el no haberlo actuado en una época en la cual no podía ponerlo normal y eficazmente en ejercicio, por no conocer todavía las bases para actuarlo ". Con



esa interpretación jurisprudencial, que exige favorecer la vigencia de la acción e interpretar restrictivamente una eventual prescripción, debemos reiterar lo que indicamos en la SAP Bizkaia, Secc. 4ª, 1459/2020, de 4 de junio, rec. 1606/2019, ECLI:ES:APBI:2020:265 , y luego las SAP Valencia, Secc. 9ª, 1219/2020, de 27 octubre, rec. 375/2020, ECLI:ES:APV:2020:3547 , y SAP Pontevedra, Secc. 1ª, 536/2020, de 15 octubre, rec. 528/2020, ECLI:ES:APPO:2020:1849 , considerando que la fecha más segura para atender la finalidad de la institución y la jurisprudencia que la ha aplicado, es el de publicación del resumen de la Decisión de la Unión Europea en el Diario Oficial de la Unión Europea, el 6 de abril de 2017 . Esa es, además, la preferencia del Abogado General del TJUE en sus conclusiones de la cuestión prejudicial C-267/20 , de 28 octubre 2021, ECLI: EU:C:2021:884 , asunto Volvo, en su §122, donde dice: « Considero, pues, que, por lo menos en cuanto atañe a los comunicados de prensa y a las decisiones adoptadas por la Comisión en materia de infracciones relativas al Derecho de la competencia, deben establecerse criterios claros y previsibles sobre el "conocimiento", tal como la vinculación (mediante presunciones, por ejemplo) a la publicación del resumen de una decisión de la Comisión en el Diario Oficial de la Unión Europea ». Cuanto se ha expuesto conduce a la desestimación del motivo.

Sobre las exigencias del acto interruptivo de la prescripción se pronuncia la STS 541/2021, de 15 de julio de 2021, recurso: 5458/2018 (ROJ: STS 3036/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3036), que se remite a las anteriores de 10 de enero de 2012 y 97/2015, de 24 de febrero

La sentencia citada dice:

2.- Sobre el contenido del acto interruptivo de la prescripción se pronunció la sentencia 972/2011, de 10 de enero de 2012, al declarar:

"Para que opere la interrupción de la prescripción, es preciso que la voluntad se exteriorice a través de un medio hábil y de forma adecuada, que debe trascender del propio titular del derecho, de forma que se identifique claramente el derecho que se pretende conservar, la persona frente a la que se pretende hacerlo valer y que dicha voluntad conservativa del concreto derecho llegue a conocimiento del deudor, ya que es doctrina reiterada que la eficacia del acto que provoca la interrupción exige no sólo la actuación del acreedor, sino que llegue a conocimiento del deudor su realización (SSTS 13 de octubre de 1994, RC n.º 2177/1991 , 27 de septiembre de 2005, RC n.º 433/1999 , 12 de noviembre de 2007, RC n.º 2059/2000 , 6 de mayo de 2010, RC n.º 1020/2005), y su acreditación es carga de quien lo alega".

Y sobre la forma de la reclamación extrajudicial, declaró la sentencia 97/2015, de 24 de febrero:

"La Sala, en su labor unificadora de criterios judiciales, ha precisado, entre otros pronunciamientos sobre la materia (STS de 16 de noviembre de 1998, Rc.1075/1994), que la interrupción de la prescripción extintiva por la vía de la reclamación extrajudicial, supone una singularidad en nuestro derecho en relación al derecho comparado. Es más, nuestro Código Civil, en el mencionado artículo 1973, no exige fórmula instrumental alguna para la reclamación extrajudicial como medio para interrumpir la prescripción, por lo que cualquiera de ellos, puede servir para tal fin; es por lo que, siguiendo una importante corriente doctrinal, se puede afirmar que esta cuestión puede plantear un problema de prueba -de la existencia de la reclamación y de su fecha- pero no un problema de forma. Y en este sentido se explicita la sentencia de esta Sala de 6 de diciembre de 1968".

De acuerdo con el criterio en la sentencia 228/2022 de 24 de febrero de 2022, recurso 949/21 (ROJ: SAP BI 437/2022 - ECLI:ES:APBI:2022:437) antes citada, debe reputarse día inicial para el computo del plazo de prescripción el de publicación de la Decisión de la Comisión Diario Oficial de la Unión Europea (6 de abril de 2017)

Ahora bien, siendo requisito para que opere la interrupción de la prescripción que el acto que expresa voluntad del acreedor de ejercicio del derecho llegue a conocimiento del deudor, la siguiente cuestión que se plantea es determinar la fecha en la que debe entenderse realizado el acto interruptivo, la de remisión de la comunicación por el acreedor o la de recibo por el deudor.

Pues bien, atendidos el fundamento de la prescripción y los criterios mantenidos por el Tribunal Supremo en la aplicación del instituto de la prescripción antes expuestos y en particular que la aplicación de los Tribunales no debe ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva se considera que siempre que el acto interruptivo se haya comunicado al deudor mediante un sistema o medio apto para su recibo, la fecha a tomar en consideración será la de la comunicación del acto, no la de recepción, siempre, claro esta, que el acto haya llegado a conocimiento del deudor tal como exige la jurisprudencia.

En la relación de reclamaciones extrajudiciales remitidas por el Letrado (Despacho) que lleva la defensa jurídica de los demandantes relacionadas la sentencia apelada, figura una enviada el día 5 de abril de 2018, recibida por Iveco el día 9 de abril; otra enviada el 6 de abril, recibida el 11 de abril 2018; otra enviada el 15 de marzo de 2019, recibida el 18 de marzo y la última, enviada 9 de marzo de 2020 y recibida el 11 de marzo.



Así, habiéndolo realizado el acreedor sucesivos actos interruptivos, el primero de los cuales se remitió al deudor antes de que transcurriera el lapso de un año desde la publicación de la Decisión de Comisión (6 de abril 2018) y otros ulteriores, sin que entre uno y otro transcurriera un lapso de más de un año, la excepción perentoria de prescripción no puede prosperar pues el plazo prescriptivo se interrumpió por los actos interruptivos del acreedor.

TERCERO- Uno de los argumentos que aduce la demandada en su recurso para negar la existencia de daño es que la Decisión de la Comisión se refiere a intercambio de información sobre los precios brutos y no a acuerdos de fijación de precios y que no insinúa que el intercambio de información haya producido efectos en el mercado, que lo que dice la Decisión es que " la conducta puede tener influencia directa o indirecta, real o potencial en las corrientes comerciales entre los Estados miembros, con un impacto al menos en dos de ellos" y que el efecto no necesariamente se traduce en incremento de precio

En la sentencia de esta sección nº 1459/2020, de 4 de junio, recurso 1606/19 y en las posteriores, que cita la apelada, entre otras.

La citada sentencia dice en el FD octavo dice:

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,"

Las empresas integrantes del cártel, entre los años 1996 y 2011 (durante catorce años), intercambiaron información sobre precios de lista, y sobre fijación de precios brutos futuros, conducta restrictiva de la competencia por la que fueron sancionadas por la Comisión, y aunque en la Decisión de la Comisión no se haga constar que la conducta infractora produjo efectos en el mercado, es evidente las empresa implicadas debieron



de obtener algún beneficio económico del intercambio de información pues el proceder anticompetitivo y el consiguiente riesgo de sanción solo encuentran explicación desde la obtención de un beneficio y consiguiente perjuicio para el mercado. La realidad de los perjuicios causados por la mayoría de cárteles se ha analizado en distintos informes empíricos. Y la constatación de esa realidad ha determinado la incorporación de la presunción de la existencia de perjuicio en la Directiva 2014/104/UE de 26 de noviembre y en la normativa nacional que la traspone RD Ley 9/2017 de 26 de mayo, que, con independencia de que no sea de aplicación al caso por razones temporales, traslada una realidad contrastada.

Ciertamente algunos cárteles no producen efectos en el mercado, el Informe Oxera 2009 cuantifica los cárteles que no producen efectos en el 7% y otros informes consideran que el porcentaje de los cárteles sin efecto es más elevado con un cálculo del 8% en el informe Smuda y hasta del 17% en el informe Boyer y Kotchonie. De esos cárteles que no han producido efectos no se conoce ningún dato sobre duración, producto, extensión etc., lo que hace difícil la ponderación de tales datos para introducir el planteamiento de una posible ineficacia.

Es obvio que el intercambio de información sobre listas de precios brutos tenía como finalidad la obtención de un beneficio económico que el intercambio de información produjo efecto sobre el mercado pues de no haber producido ningún efecto, de haber sido ineficaz el cártel no se hubiera mantenido durante catorce años.

Por otra parte, es esfuerzo abocado al fracaso pretender que los distintos factores con incidencia en la determinación del precio final del producto, descuentos practicados en los distintos niveles, obstan a la producción de efectos sobre los precios del intercambio de información. Y es que, como dice la recurrida, es de sentido común que el precio bruto trasciende al precio neto que paga el cliente, que normalmente habría sido otro de no haber actuado sobre el precio bruto.

En consecuencia, la opinión expresada en el informe Compass- Lexecom aportado por la demanda que mantiene que el cartel se limitó al mero intercambio de información sin afectación a los precios y que no hay relación entre precios brutos y netos no es convincente.

Por tanto, como se ha dicho en anteriores resoluciones se considera acreditada que el cartel produjo efectos en el mercado consistente en incremento de precios.

CUARTO- En los dos recursos se ha protestado la cuantificación de los daños que realiza la sentencia apelada con base en las alegaciones que se ha recogido en el FD primero de esta resolución, en el caso de la parte demandante seis alegaciones, que con diferentes expresiones no tienen otra proyección que la de rebatir la valoración de las periciales sobre daños que realiza la resolución recurrida y defender la bondad de la opinión sustentada en la propia frente al análisis objetivo que realiza la resolución recurrida.

Las denuncias de vulneración del artículo 218 LEC por falta de motivación del fallo y del artículo 348 del mismo cuerpo legal por omitir la valoración de la prueba pericial en su conjunto y conforme a las reglas de la sana crítica que se formulan en el recurso de la demandante tiene como argumento central que la sentencia apelada se limita a remitirse a determinadas sentencias (AP Pontevedra, Sección Primera 513/ 2020 de 6 de octubre y Asturias Sección Primera 262/21 de 19 de marzo y Valencia 42/2021 de 19 de enero), sin ninguna clase de razonamiento o justificación sobre los errores en los que incurre el informe pericial de la demandante y que sentencias posteriores a las reseñadas en la apelada por la apelada han acogido íntegramente el informe de la actora. Las demás alegaciones son distintas formulaciones de la disidencia con la valoración de la prueba desde el punto de vista sustantivo que hacen supuesto de la bondad del informe Carballer.

Pues bien, la resolución recurrida no sólo cita una serie de resoluciones críticas con el informe de la actora, sino que realiza un estudio pormenorizado del informe de la demandante (también del de la demandada), expresa los aspectos del informe merecedores de crítica, que son en gran medida los indicados en el informe de la demanda, y las razones que la sustentan, por lo que al margen de la remisión a otras resoluciones, lo que es perfectamente, la opinión sobre el informe (informes) y la fijación de cuantificación del daño en un 5% son perfectamente cognoscibles.

QUINTO- La cuantificación del perjuicio ocasionado por infracción de las normas de Derecho de la competencia no está exenta de dificultades, lo que se ha puesto de manifiesto en las resoluciones dictadas por distintos Tribunales

La Guía Práctica de la Comisión para cuantificar el perjuicio de las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 y 102 del TFUE, indica que la cuestión clave en la cuantificación de los daños y perjuicios por infracciones contrarias a la competencia es determinar que habría ocurrido probablemente sin la infracción, lo que ante la imposibilidad de comparación directa, requiere la construcción de un escenario de referencia con el que comparar "escenario sin infracción o hipótesis de contraste" si bien admite la imposibilidad de saber con certeza como habría evolucionado el mercado si no se hubiera producido la infracción. También señala que los precios dependen de distintos factores, de interacciones complejas a

menudo estratégicas entre los participantes en el mercado que no es fácil estimar, lo que le lleva a concluir que la cuantificación del perjuicio en asuntos de competencia esta, por su propia naturaleza sujeta a limitaciones considerables en cuanto al grado de certeza y precisión que puede esperarse.

La STS 7 nov. 2013, dictada en el denominado cartel del azúcar, también destaca la dificultad, imposibilidad, de la determinación de la evolución que hubieran tenido de los precios sin la conducta cartelista. La sentencia dice que " es imposible realizar una reproducción perfecta de cuál habría sido la situación de no haberse producido la situación ilícita, pero es exigible la formulación de hipótesis razonables técnicamente contrastables "

La Guía Práctica ofrece distintos métodos para la elaboración de un escenario sin infracción al efecto de la cuantificación de los daños, entre otros, los comparativos sincrónico y diacrónico.

La validez de los modelos comparativos depende de la similitud de los mercados elegidos los datos elegidos para la creación del escenario contrafactual, escenario sin infracción deberán ser lo más semejantes posibles a los del mercado cartelizado, escenario factual.

El informe aportado por la demandante ha pretendido realizar un estudio comparativo del mercado cartelizado y no cartelizado conforme a dos métodos, sincrónico comparativo y diacronico. Pero la comparabilidad de los mercados elegidos (camiones medios y pesados y camiones ligeros y furgonetas) en el metodo sincronico (principal) es muy cuestionable por las razones que expresa la sentencia apelada, que se dan por reproducidas, insistiendo en algunos aspectos más relevantes:

El número de vehículos utilizados en la creación del mercado contrafactual no es adecuado. En el caso de los vehículos medios y ligeros se han tomado en consideración los precios de 5.843 vehículos y en el contrafactual 569 camiones ligeros y 2394 furgonetas.

La variante marca no se ha tenido en consideración en las furgonetas con la justificación de que los datos sobre furgonetas no se han tomado en consideración como contrafactual principal y en el de los camiones ligeros por no operar las mismas marcas en ese mercado que en el de los camiones medios y pesados cuando la marca en un dato relevante.

La semejanza entre camiones ligeros y medianos y pesados a medida que se alejan del límite divisorio (6 tn) es menor, hasta el punto que serán muy pocas las semejanzas entre un camión de menos de 5 tn y de más de 18 Tn que cubren distintas necesidades, a lo que se añade que el dato recogido en el informe de los demandantes que en el mercado de los camiones medianos y pesados la oferta disminuyo en la década de los 90, es decir, durante la vigencia del cártel como consecuencia de las operaciones de concentración como la absorción de Iveco/ Pegaso. El mercado de marcas no cartelizadas paso del 23 % al 0.1% en España.

No se toman en consideración otras características singulares de los camiones medios y pesados y de los camiones ligeros y furgonetas distintas de la potencia y tamaño.

Y se prescinde de los datos reales de los años 1997 y 2011 pero se atribuye a esos años un incremento de precio que se calcula por estimación (se aplica un índice).

En cuanto al método diacrónico, utilizado como refuerzo, las objeciones que plantea el informe de la demandada resultan de todo punto justificadas. Así, se usan unidades de potencia no equivalentes en el periodo cartelizado (kw) y no cartelizado (CV); a la variable que captura el impacto de los costes de producción sobre el precio de los camiones medios y pesados se le atribuye un efecto negativo, es decir, a costes de producción más elevados menores precios, lo que es contrario a criterios lógicos; se atribuye una tendencia temporal lineal al alza a los precios de los camiones sin explicación lógica y los camiones de cada fabricante incluidos en la muestra varían sin que se separa a que responde la variación de los componentes de la muestra que no responde al peso de cada fabricante en el mercado.

En tal situación, reputando acredita la existencia de daño y rechazada la cuantificación realizada en el informe de la actora (16, 35%) y no formulando el informe de la demandada un criterio alternativo de valoración pues como se ha dicho defiende que la conducta limitada el intercambio de listas de precios brutos no incidió en los precios netos y por consiguiente, no causó daños (sobreprecio 0 %), se considera justificada la aplicación de la doctrina "ex re ipsa adecuada la fijación prudencial del daño importe del perjuicio en la cifra resultante de aplicar en un 5% del precio neto del camión, que es el que ha aplicado esta Sección en otros procedimientos excepción hecha de la dictada con fecha 4 de junio de 2019, en rollo 913/ 19, en otros procedimientos en los que se entablaban acciones de indemnización de daños por infracción de normas sobre competencia, excepción hecha de la dictada con fecha 4 de junio de 2019, en rollo 913/ 19, entre otras en la ST 228/22 de 24 de febrero, recurso 949/21 y el mantenido mayoritariamente en las sentencias dictadas por las AAPP sobre la materia, que cita la apelada, entre otras la SAP de la Audiencia de Valencia de 11 dic. 2019, recurso 1071/2019.



Respecto a la aplicación de la doctrina "ex re ipsa" al caso, discutida en el recurso de la demandada se indica que aun cuando no es de aplicación al caso por razones temporales la presentación de daño contenida en el artículo 76.3 de la Ley en su redacción conforme a la reforma operada por el RD Ley de 9/2017, de 26 de mayo, que traspone la Directiva 2014/104/UE de 26 de noviembre relativa a la normativa reguladora de acciones por daños en materia de competencia, la jurisprudencia del TS ha admitido la aplicación de la doctrina ex re ipsa a materias acciones en cuya normativa reguladora no hay expresa previsión.

En este sentido, cabe citar la reciente ST 320/2022 20 de abril de 2022 Recurso: 4415/2018 (ROJ: STS 1462/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1462), que a su vez se remite a la anterior de 692/2008, de 17 de julio que dice:

La doctrina general de esta Sala en materia de resarcimiento de daños y perjuicios es la de que no se presumen sino que deben acreditarse por quien los reclama, tanto la existencia ("an") como su importe ("quantum"), (...). Esta doctrina, pacífica y reiterada, tiene una excepción en la propia jurisprudencia, la cual 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.

La aplicación de la presunción se justifica en los estudios empíricos que han constatado la producción de efectos en el mercado por la mayoría de los carteles y por la no aportación de prueba que demuestre la no derivación de efectos en el mercado de la conducta cartelizada llevada a cabo por los fabricantes de camiones sancionados por la Comisión.

Ante la imposibilidad de cuantificar el importe de los daños a partir de la prueba pericial aportada la cuantificación del perjuicio en el 5% del precio neto se considera adecuada, atendida las características de la conducta anticompetitiva, que consistió en intercambio de información sobre precios brutos, su duración, las modificaciones que se producen sobre los precios brutos hasta llegar al precio final, que paga el cliente, la multitud de variantes que inciden en la determinación del precio al incorporar diversos elementos a elección del cliente, el precio final que el informe de la comisión constata que refleja importantes rebajas sobre el precio inicial y que, como señalan las sentencia de la Audiencia de Valencia, entre otras la SAP de la Audiencia de Valencia de 11 dic. 2019, recurso 1071/2019, la estimación judicial del precio opera por la insuficiencia de prueba de la demandante

SEXTO- En el recurso de la demandada se cuestiona a efectos del cálculo del sobreprecio, que el precio de adquisición de los vehículos que lo fueron mediante renting sea el que figura en los contratos aportados aduciendo que en el renting están incluido el precio del servicio de mantenimiento durante el renting que supone un coste añadido.

En los contratos de renting que corresponden a los vehículos por los que reclama D. Víctor figura un anexo, mediante el que el concesionario asume a su cargo durante todo el periodo de vigencia del contrato las operaciones de mantenimiento del vehículo, engrase, cambio de líquidos, incluido el suministro de aceite.

La prestación de mantenimiento tiene un coste (material y horas de trabajo) que no forma parte del coste del vehículo.

En los contratos de renting no se consigna de forma separada el precio del mantenimiento. Pero teniendo en cuenta que el obligado a la prestación del servicio de mantenimiento es el concesionario (el taller), la demandada se encontraba en condiciones de acreditar el coste de tal servicio lo que no ha hecho, por lo que no procede descontar suma alguna del coste del renting por tal concepto

SÉPTIMO- En el recurso de la demanda también se discute la realidad del daño en la hipótesis de sobreprecio con el argumento de que los demandantes no son consumidores finales, que el precio de adquisición de los vehículos forma parte de los costes empresariales y lo habrían trasladado a sus clientes a través del servicio de transporte (passing-on), a lo que añade que el coste de los vehículos se amortiza anualmente en 5 o 10 años, periodo que había transcurrido con creces en cuando se presentó la demanda. También se cuestiona el precio de adquisición de los

La carga de la prueba del passing- on corresponde a la empresa infractora (STS nº 651/2013, 7 nov. 2013, recurso 2472/11, cartel del azúcar) y en el caso la demandada no se ha aportado prueba acreditativa del traslado aguas abajo del sobreprecio de los camiones.



OCTAVO- Ambas partes han cuestionado en los respectivos recursos la decisión adoptada en la sentencia apelada respecto a los intereses. La demandante reclama los intereses desde la fecha de adquisición de los camiones mientras que la demandada entiende que el dies a quo del devengo de intereses debe ser el de la sentencia de primera instancia.

En la demanda se formuló una petición principal y una subsidiaria. En la petición subsidiaria se reclamó el pago de las cantidades que se deriven de la prueba practicada y en caso de proceder al pago de los intereses legales devengados desde la fecha de interposición de la demanda y subsidiariamente desde la sentencia.

La sentencia apelada concede los intereses desde la fecha de la sentencia conforme a lo solicitado en la demanda.

Por tanto, debe ser confirmada.

NOVENO- En aplicación de lo dispuesto en el artículo 398 LEC serán a cargo de cada parte las costas causadas por el respectivo recurso.

DECIMO - 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.

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

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M el Rey,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procurador Sr. ABRAHAM FUENTE LAVIN, en representación de TECNIRUTA CONCISA, SA y D. Víctor y el que lo ha sido por la Procuradora Sra. MAITANE CRESPO ATIN en representación de IVECO SPA ,contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra Magistrada Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao, en los Autos nº 989/19, de los que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos la sentencia apelada con imposición a la apelante de las costas causadas en el respectivo recurso.

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

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe recurso de **CASACIÓN** ante la Sala de lo Civil del T.S., **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 T.S. 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 0217 22. 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 15^a 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.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno



respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por la Ilma. Magistrada Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ