



Roj: **SAP Z 1542/2022 - ECLI:ES:APZ:2022:1542**

Id Cendoj: **50297370052022100760**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **5**

Fecha: **13/07/2022**

Nº de Recurso: **1463/2021**

Nº de Resolución: **827/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA núm 000827/2022

Ilmos. Sres.

Presidente

D. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER (Ponente)

Magistrados

D. JUAN CARLOS FERNANDEZ LLORENTE

D. ALFONSO M^a MARTÍNEZ ARESO

En Zaragoza, a 13 de julio del 2022

En nombre de S.M. el Rey,

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Quinta, de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA, los Autos de Procedimiento Ordinario 138/2018, procedentes del JUZGADO DE LO MERCANTIL N° 1 DE ZARAGOZA, a los que ha correspondido el Rollo **RECURSO DE APELACION (LEC) 1463/2021**, en los que aparece como parte *apelante* **TRANSPORTES SINPECO 2002, S.L.**, representado por la Procuradora de los tribunales Dña. MATILDE GRACIA IBAÑEZ, y asistido por el Letrado D. ALFONSO GRACIA MATUTE; y como parte *apelada*, **RENAULT TRUCKS SASU** representado por la Procuradora de los tribunales, Dña. PATRICIA PEIRE BLASCO y asistido por el Letrado D. RAFAEL MURILLO TAPIA; siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la **sentencia** apelada de fecha 05 de noviembre del 2021 , cuyo FALLO es del tenor literal:

"Que desestimando la demanda interpuesta por Transportes Sinpeco 2002 SL contra Renault Trucks S.A.S debo absolver y absuelvo a la parte demandada de los pedimentos de la parte actora.

Todo ello sin hacer expresa condena en costas."

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación procesal de TRANSPORTES SINPECO 2002, S.L; se interpuso contra la misma recurso de apelación.

Y dándose traslado a la parte contraria se *opuso* al recurso; remitiéndose las actuaciones a esta Sección Quinta de la Audiencia, previo emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidos los Autos; y una vez personadas las partes, se formó el correspondiente Rollo de Apelación con el número ya indicado.

No considerando necesaria la celebración de vista, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 12 de julio de 2022.

CUARTO.- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan en parte los de la sentencia recurrida, y

I. - PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.-

PRIMERO.- La demandante "Transportes Sinpeco 2002, S.L" ejercita frente a la demandada "Renault Trucks SASU", como fabricante de camiones pesados, la indemnización de daños y perjuicios derivados de la actuación de aquélla como perteneciente al denunciado "Cártel de los camiones". La infracción de las reglas de competencia que atribuye la " Decisión de la Comisión Europea de 19 de Julio de 2016" le ha supuesto sobrecostes en los precios pagados en el contrato de "renting" de los camiones, como consecuencia de prácticas colusorias, mediante la fijación de precios brutos o de lista.

Concretamente, dos camiones, con números de bastidor " NUM000 " y " NUM001 ", matrículas-KJW y-KCX . Por los que reclama el sobreprecio que deduce de la suma de cuotas cartelizadas menos un 20'7%, cuya diferencia constituye el perjuicio ($92.492'48 \times 20'7\% = 76.630'05$ Euros. $92.492'48 - 76.630'05 = 15.862'43$ Euros). La misma operación en el segundo camión sobre 91.820'41 de cuotas cartelizadas, que da un resultado de 15.747'16 Euros.

Idéntica operación respecto al IVA cartelizado, da un perjuicio de 5.075'54 Euros. Y 400 Euros por camión debido a la repercusión de costes por introducción de nuevas tecnologías. Lo que hace un total de 37.485'13 Euros.

SEGUNDO.- La demandada opone la inexistencia de sobreprecio. Las reclamaciones que realiza no se ajustan al contenido de la Decisión Sancionadora. No acredita el nexo causal imprescindible en una acción "follow on". Falta de legitimación activa, no consta la adquisición de los camiones. La figura del "renting" no está incluida en la Decisión Sancionadora. Prescripción de la acción. Subsidiariamente, de haber existido sobreprecio, se hubiera trasladado a sus clientes ("passing on"). Tampoco perderían intereses ante la iliquidez de lo reclamado.

TERCERO.- La sentencia de primera instancia desestima la excepción de prescripción, pero desestima la demanda por falta de legitimación activa, pues considera que la relación jurídica de "renting" no está contemplada en la Decisión Sancionadora, pues no hay adquisición del vehículo.

CUARTO.- Recurre la parte actora. Reitera sus pretensiones y considera que el "renting", que da derecho a explotar el camión, también se ha visto perjudicado por los sobrecostes que traen su causa de la infracción sancionadora.

La parte apelada muestra conformidad con la decisión judicial. Y reitera la ineficacia de las periciales de la parte actora y la de designación judicial para acreditar sobreprecio derivado de la situación de Cártel.

II.- PRESCRIPCIÓN.-

QUINTO.- Aunque en este supuesto no se plantea en segunda instancia la cuestión de la prescripción, parece oportuno referirse a ella. Confirmando la tesis sustentada por este tribunal. Dies a quo a partir de la publicación en el DOUE de la Decisión Sancionadora e interrupción de la prescripción mediante reiteradas reclamaciones.

Pero, además, traer a colación la doctrina reciente del TJUE.

SEXTO.- La conclusión precedente viene a ser confirmada por la reciente S.T.J.U.E 22-6-2022 (Asunto C-267/20, Volvo AB, DAF Trucks NV y RM).

En efecto, dicha sentencia examina la legislación aplicable, poniendo en relación la Directiva de daños, 2014/104 UE, de 16-11-2014 (DOUE 5-12-2014) con la legislación nacional (art. 1902 C. civil) y el R.D. Ley 9/2017, de 26 de mayo (BOE 27 de mayo) que la transpone.

Respecto al día inicial del cómputo para declarar prescrita la acción, parte de los principios de efectividad, equivalencia y asimetría informativa del Derecho de la Unión, puesto que se trata de un análisis fáctico y económico complejo (Cdo.54). Por eso parte de la publicación de la Decisión (en su parte no secreta) e el DOUE el 6-4-2017.

A partir de ahí, la Directiva en su art. 10 establece un plazo de 5 años a partir del cese de la infracción y del conocimiento de la conducta infractora, así como del perjuicio ocasionado (Cdo. 46). Califica a la *prescripción* como de *Derecho material* o sustantivo, no procesal.



Por tanto, el Art. 22.1 de la Directiva prohíbe la aplicación retroactiva de las disposiciones relativas a instituciones de Derecho sustantivo.

Así lo recoge la D. Transitoria primera del R.D.-Ley 9/2017 de 26 de mayo, cuya entrada en vigor fue el 27 de mayo de 2017.

Así que, en principio, el plazo quinquenal no sería aplicable a hechos anteriores a la entrada en vigor de la Directiva, de su eficacia en el derecho interno; es decir, en el momento en que debió de haber sido traspuesta.

Sin embargo, la sentencia recuerda la importancia de la *interpretación conforme* de la legislación nacional respecto a las Directivas no transpuestas, pero ya pasado el plazo de su obligatoria transposición. Siempre, dice, que esa interpretación no constituya una interpretación contra legem de ese Derecho nacional (Cdo. 77).

Aplicando estos principios a los supuestos del denominado "Cártel de los camiones", la Sentencia razona así: el día de inicio del plazo 6-4-2017 ya debía de haberse transpuesto la Directiva (cuyo plazo de transposición concluía el 27-12-2016). En ese momento, pues, ya procedía la "*interpretación conforme*".

En efecto, la acción estaba en vigor, pues no había prescrito a la entrada en vigor del R.D.-Ley 9/2017 (27-5-2017), transponedor de la Directiva. **Una acción que no se había agotado en ese momento.** Una acción por Daños que, aunque derivara de una infracción del Derecho de la competencia que finó antes de la entrada en vigor de la citada Directiva (el Cártel concluyó en 2011), sin embargo, **no se había agotado antes de que expirara el plazo de transposición de la misma Directiva.** (Cdo. 79 y respuesta a la primera cuestión).

Lo que incide necesariamente en la interpretación del **Art. 10 de la misma**, que habla de un **plazo de 5 años**.

III.- DECISIÓN SANCIONADORA.-

SÉPTIMO.- Es preciso, por tanto, *partir del contenido de la Decisión sancionadora* (19-7-2016), pues de ella derivan los hechos que serán el sustrato del Derecho correspondiente.

La reciente S.T.J.U.E. de 22 de junio de 2022, (asunto C-267/20), plantea la aplicabilidad de las normas de la Directiva de Daños y su correspondiente transposición al Derecho Nacional (ex Arts. 17 y 22 de aquélla) porque, aunque su entrada en vigor es posterior a la finalización de la infracción competencial, la acción fue ejercitada con posterioridad a la entrada en vigor de dichas normativas (Directiva 2014/104 y R.D.-Ley 9/2017).

En todo caso, aunque no fueren aplicables, la constatación de los daños posibles derivados de una infracción como la que nos ocupa tiene su sede natural en este procedimiento.

OCTAVO.- De esta manera, cabe destacar del contenido de la citada Decisión una serie de cuestiones.

a) Fue una infracción única y continuada del art. 101 TFUE, que duró 14 años (desde el 17-1-1997 al 18-1-2011). Y para todo el EEE.

b) Consistió en prácticas colusorias en materia de fijación de precios brutos e incremento de los mismos respecto de camiones pesados y medios en todo el EEE. Así como prácticas colusorias en relación al calendario y repercusión de costes de introducción de las tecnologías de emisiones para camiones medios y pesados, exigidas por las normas EURO III a EURO VI.

c) El procedimiento sancionador terminó como procedimiento de transacción, en el que la principal prueba documental se aportó por las propias sociedades sancionadas.

d) Conductas de intercambio de listas de precios y programas informáticos; comparación de ofertas propias y de competidores, incluso de los extras; para lograr el alineamiento de precios en el EEE; tratándose, en ocasiones, los precios netos para determinados países; acuerdos sobre calendario y recargos en relación a nuevas tecnologías de emisiones.

Asimismo, afirma que el objetivo era restringir la competencia en materia de precios; plan conjunto que falsea las reglas del juego.

Por lo que -dice la Decisión- no es necesario probar sus efectos anticompetitivos en la medida en que ha quedado probado un objeto anticompetitivo. Por lo que, añade, cabe presumir que la conducta ha tenido efectos apreciables sobre el comercio. Y, sin embargo, no hay indicios de que la conducta haya generado ningún tipo de beneficios o promovido el progreso técnico.

Calcula el volumen de las multas en porcentajes sobre el volumen de negocio ilícito.

IV.- NORMATIVA APLICABLE. -

NOVENO.- Aunque esta cuestión no se ha planteado en este procedimiento, entendemos que sí procede su concreción, al tratarse de una cuestión de orden público.



La acción ejercitada trae causa de los efectos directos que producen en el derecho interno los arts. 101 y 102 del TFUE. Derecho originario que permite el resarcimiento de los daños producidos por una actuación contraria de la libre competencia. Sin embargo, cuando no existe normativa comunitaria que articule las acciones para dicha reclamación, habrá que acudir al Derecho interno (S.T.J.U.E., Sala Quinta, de 5 de junio de 2014 (caso Kone)).

Con precisión lo expone la S.T.S. 651/2013 de 7 de noviembre al referirse a las acciones "follow on" (o consecutivas a una decisión previa sancionadora); contenidas en el entorno jurídico del "follow on claims".

"A falta de una regulación comunitaria específica sobre el resarcimiento de daños y perjuicios en el Derecho de la competencia, la cuestión ha de resolverse aplicando las normas de Derecho interno"

Por tanto, sería aplicable, siendo una relación extracontractual, pues trae causa de una Decisión Sancionadora, el Art. 1902 C.civil.

DÉCIMO.- Interpretación conforme.- Tema discutido en la jurisprudencia es si no siendo aplicable directamente la Directiva de Daños 2014/109/UE, procedería la interpretación de la norma nacional "conforme" a la citada Directiva.

La STJUE 28 de marzo de 2019 (caso Cogeco, C-637/17) recuerda que no es posible interpretar el derecho nacional conforme a la Directiva cuando los hechos que se enjuician son anteriores a la misma. Que es el caso que nos ocupa.

Ello, no obstante, el nacimiento de la Directiva de Daños lo que hace, en buena medida, es recoger el previo acervo jurisprudencial del TJUE con arreglo al cual habría de interpretarse nuestro Derecho nacional en caso de infracción de las normas de la competencia.

Así, los arts. 101 y 102 del TFUE producen efectos directos en las relaciones entre particulares, como "Derecho Originario" de la UE. Dicho tratado, que vio la luz con el Tratado de Lisboa de 2009, tiene efecto directo no como Derecho interno, sino como Derecho de la Unión, con el mismo régimen que un Tratado Internacional; a diferencia de los Reglamentos que también tienen aplicación directa (como derecho derivado institucional), pero en su consideración de Derecho interno (STJUE 20-9-2001, caso Courage, C-453/99).

Pues bien, además de esa aplicación directa de dicho precepto, la propia Directiva 2014/104 en su considerando 12 señala que *" La presente Directiva confirma el acervo comunitario sobre el derecho de resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionado por infracciones del Derecho de la Competencia..."*

Tanto la Sentencia TJUE 5 de julio de 2014 (caso Kone) ya citada, como la Sentencia TJUE de 13 de julio de 2006, (caso Manfredi, C-295/04 y C-298/04) ya hacía referencia al principio de efectividad respecto al derecho de toda persona a la reparación del perjuicio por infracción de la libre competencia.

También el Reglamento CE 1/2003, de 16 de diciembre de 2002 se expresaba en esta línea.

No obstante, lo cual, es preciso reiterar que la "interpretación conforme" (deseable en todo caso) tiene dos límites que es preciso respetar: la seguridad jurídica y el principio de irretroactividad de las normas. Es decir, que esa interpretación del Derecho interno conforme al Derecho de la Unión sólo resulta exigible una vez hubiera terminado el plazo de trasposición de la correspondiente Directiva, sin que haya sido incorporada al Derecho interno (S.T.J.U.E. de 17 de octubre de 2018 y 28 de marzo de 2019, C-637/17. Caso Cogeco).

Tampoco resultaría aplicable el Real Decreto-ley 9/2017, que traspone la Directiva, pues la D.Tr. Primera expresamente prohíbe su retroactividad.

Sin embargo, de nuevo la S.T.J.U.E. ya citada de 22 de junio de 2022 arroja una valoración jurídica específica para el supuesto concreto de esta acción "follow on". Interpretando los arts. 17 y 22 de la Directiva en el sentido de que la *norma procesal* que contiene el art. 17.1 (**carga de la prueba** que no sea imposible o extraordinariamente compleja) en relación con el 22-2, aunque se refiera a una infracción finalizada en 2011, fue ejercitada después de la obligatoria transposición de la Directiva e incluso de la entrada en vigor de la norma de transposición (R.D.-Ley 9/2017), por lo que **sí resultaría aplicable**.

No respecto a la norma sustantiva (art. 17-2 "**presunción de daños**" *iuris tantum*), en relación con el Art. 22-1, pues no rige el principio procesal (tempus regit factum). Y al ser derecho material posterior **no se aplicará** a hechos finalizados en 2011 (fin del Cártel), antes, pues, de que expirara el plazo de transposición de la Directiva.

V.- INDEMNIZACION. -

UNDÉCIMO.- La indemnización presupone necesariamente la existencia del daño. El cual ha de provenir a su vez de las actuaciones objeto de sanción en la Resolución del órgano de control de la competencia. De la cual ha de partir el desarrollo probatorio.

La Decisión de la Comisión se refiere a dos actividades : a) el incremento de precios brutos en la fabricación de camiones medianos y pesados y b) la repercusión de los costes de introducción de tecnología de emisiones ("normas EURO 3 a 6").

La discusión fundamental en este aspecto de la controversia jurídica está, precisamente, en el contenido de las pruebas periciales que pretenden establecer el nexo causal entre aquellos comportamientos de cartelización y el perjuicio reclamado.

La jurisprudencia existente al respecto plantea dos principales posibilidades de acercamiento a este complejo problema. Las cuales son parcialmente coincidentes, círculos secantes más que tangentes.

Así, una de ellas defiende la necesidad de una interpretación flexible de la prueba pericial y otra acude a la doctrina de la "ex re ipsa" (la cosa habla por sí sola), es decir, en todo caso habría daño.

Ambas posturas parten del principio de efectividad del Derecho de la UE. Toda persona tiene derecho a solicitar la reparación del perjuicio causado por un comportamiento que falsea o restringe la competencia; tanto el daño emergente como el lucro cesante y el pago de intereses (STJUE de 13 de julio de 2006, caso Manfredi, C- 295/04 y 298/04).

Ahora bien, como recuerda la S.T.S. 651/2013, de 7 de noviembre, los perjuicios que haya podido sufrir la adquirente de bienes provenientes de las operaciones del cártel no tienen por qué estar referidos exclusivamente al sobreprecio que le haya podido suponer aquel comportamiento, sino que ha de valorarse también la pérdida de competitividad, la afectación de la imagen comercial, así como que la repercusión del precio haya podido suponer disminución del volumen de ventas.

DUODÉCIMO. - Consciente de esta dificultad, la propia Unión Europea ha emitido documentos que facilitan pautas para concretar esa indemnización. Así, el Reglamento CE 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, el "Libro Verde" de 2005 sobre acciones indemnizatorias y el "Libro Blanco" de 2008, la Comunicación oficial de la Comisión sobre cuantificación del perjuicio por incumplimiento de los arts. 101 y 102 TFUE (DOUE 16-6-2013) y -por fin- la "Guía Práctica de la Comisión Europea" para la cuantificación de los perjuicios por infracción de los citados arts. 101 y 102 TFUE. Sobre todo, esta última, permiten, extraer una serie de principios de partida.

Así: a) el mero hecho de la participación de las empresas en el cártel es indicativo de que es para obtener beneficios materiales. Y b) los datos empíricos analizados llevan a estimar que en el 93% de los supuestos cárteles se producen sobrecostes; siendo estos de un 20% de media.

De esta manera, la prueba de que los perjuicios derivados de la cartelización de un determinado sector no son tales o -mejor- que quien los sufrió los agravó con su negligencia, le corresponde a quien alega tal enervación del perjuicio.

En el mismo sentido habrá de probar que ese presumible perjuicio se compensó con su traslado "aguas abajo", trasladándolo a los propios clientes de quien adquirió del cártel. La defensa del "passing on", pues, debe recaer en la empresa infractora.

DECIMOTERCERO. -Ahora bien, estos principios no permiten, sin más, aceptar la indemnizabilidad en el caso concreto. Es preciso valorar las pruebas periciales correspondientes, pues interpretación flexible no es lo mismo que soluciones salomónicas (como recuerda la STS 651/2013 ya citada (cártel del Azúcar).

Como resulta imposible realizar una reproducción perfecta de cuál hubiera sido la situación si no se hubiera producido la conducta ilícita, se exige que la pericial presente y plantee una hipótesis razonable, con datos y bases técnicamente contrastables, con un método adecuado, delimitación de periodos temporales y con las modulaciones necesarias (variación de costes, desprecio de facturas irrelevantes, actualizaciones, etc...).

Sin que sea admisible que la prueba de la opositora se limite a cuestionar los datos; la exactitud y precisión de la cuantificación de la demandante, sin aportar otras consecuencias, datos o métodos diferentes.

Por ello no se puede exigir medir, calcular con exactitud y certeza cómo hubiera sido la situación sin infracción. Sólo es posible *estimar*. Para lo cual no existe un solo método, ni puede afirmarse que uno sea el adecuado con desprecio de otros.

DECIMOCUARTO. - Y a este respecto, la Guía o documento de trabajo de la Comisión se refiere y expone una serie de métodos de cuantificación del daño. Comparativos (diacrónico) entre periodos anteriores y posteriores a la vigencia del Cártel, con otros entornos geográficos; análisis de regresión; modelos de simulación y otros basados en costes o métodos financieros.

En definitiva, averiguar cómo hubiera evolucionado el mercado sin la infracción de los arts. 101 y 102 T.F.U.E.

VI.- DAÑO Y CUANTIFICACIÓN. -

DECIMOQUINTO. - Es preciso, pues, partir de que los acuerdos colusorios sobre el precio bruto de las comisiones y sobre el calendario de instauración tenían una finalidad descrita en la Decisión sancionadora: fijación e incremento de los precios brutos y *repercusión de costes de las nuevas tecnologías*.

Obviamente, el falseamiento de la libre competencia (con estos precedentes que recoge la propia Decisión) es para obtener un beneficio económico superior al que se obtendría en un entorno de libre competencia. Lo que -necesariamente- ha de repercutir en un precio neto superior al que se hubiera pagado por el adquirente en un contexto no constreñido por un comportamiento de cartelización.

De esta manera, se puede concluir que está en la naturaleza de las cosas ("id quod plerumque accidit") que pueda presumirse la existencia de daño. Pues si una parte del contrato o relación jurídica se beneficia ilícitamente, será a costa de la otra parte, como consecuencia de la correspondencia de las mutuas contraprestaciones ínsito en el "do ut des" de la causa contractual (art. 1274 C.c.).

Presunción conceptual que viene avalada por el estudio que recoge la Guía de la Comisión, "Quantifying Antitrust Damages", Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2009. A cuyo resultado ya hemos hecho referencia: el 93% de los Cárteles estudiados ocasionaron costes excesivos (apartados 141 y 142 de la Guía). Si bien varía la excesividad de aquellos. En un 70% de los cárteles el exceso estaba entre un 10% y un 40% del precio real. Hallándose un coste excesivo medio del 20% (apartado 143).

En todo caso, presunción iuris tantum que corresponde desvirtuar a la empresa cartelizadora.

DECIMOSEXTO. - Los apartados 82, 85 y 115 de la Decisión sancionadora son claros respecto a la existencia de efectos reales contrarios a la competencia, teniendo en cuenta -además- la cuota de mercado, el volumen de negocio y el alcance geográfico, así como su duración temporal.

Apartado 115: "las prácticas de coordinación de precios como los que se describen en la presente Decisión se cuentan, por su propia naturaleza, entre los casos más graves de restricción de la competencia. En consecuencia, la proporción del valor de las ventas considerada para este tipo de infracción se sitúa generalmente en el extremo superior de la escala del valor de las ventas".

VII.- LEGITIMACION ACTIVA.

DECIMOSEPTIMO.- No cabe duda de que está legitimado para reclamar todo aquel que se considere perjudicado por el comportamiento contrario a la libre competencia que fundamenta la Decisión de la comisión.

Sin necesidad de acudir a la Directiva 2014/104/UE del Parlamento y del Consejo (Directiva de Daños), ni a la reforma de la Ley de Defensa de Competencia (R.D. Ley 9/2017, 26-5-), basta con aplicar los principios procesales tradicionales recogidos en el art. 10 LEC. La tradicionalmente conocida como "res in iudicio deducta". Es decir, la legitimación que la parte alega en su demanda, fundando su pretensión y en atención a su causa de pedir.

Basta con alegar que reúne los requisitos que la Decisión contempla como necesarios para considerarse perjudicado por la cartelización de los precios de los camiones para admitir esa legitimación. A partir de ahí habrá de probarse la veracidad de tales condicionantes (si son objetados).

El hecho de que se hayan adquirido los camiones a través de la figura del *leasing* carece de trascendencia para considerar -en esta fase inicial del discurso jurídico- a quienes así se convirtieron en perjudicados, como tales. En este sentido S.A.P. Pontevedra, secc. 1ª, 213/2020, de 14-5 y Valencia Secc. 9ª 80/20 y de 23 de enero".

DECIMOCTAVO.- La propia "Guía Práctica" elaborada "ad hoc" por la Comisión Europea recuerda que los artículos 101 y 102 T.F.U.E. se refieren a "*cualquier persona que haya sido perjudicada*". Añade que, ante la inexistencia de una normativa de la U.E. en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer la regulación del ejercicio del derecho a la reparación garantizado por la legislación de la U.E. Regulación que no debe hacer excesivamente difícil o imposible en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho de la U.E. (principio de efectividad) ni debe ser menos favorable que los que regulan las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de derechos similares conferidos por el ordenamiento jurídico nacional (principio de equivalencia).

DECIMONOVENO.- En este caso no se discute la documentación que soporta la titularidad de los camiones, aunque lo fuera a efectos de renting. El doc 9 de Avantius (páginas 220 a 250) son suficientes al efecto.

Lo que se plantea es si un *renting* es relación jurídica apta para el ejercicio de la acción "follow on".



La jurisprudencia se ha mostrado favorable a esa legitimidad, al igual que en los supuestos de "leasing". La S. 658/2022 de 19 de mayo de esta sección 5ª, compartiendo criterio con otros tribunales, argumenta en eses sentido.

La citada sentencia argumenta así:

"La prueba se ha instrumentado mediante la justificación de la prueba se ha instrumentado mediante la justificación de las titularidades administrativas de los vehículos y la aportación del contrato de arrendamiento - renting- y su duración -48 meses y la tasación por expertos de los vehículos adquiridos mediante compra directa.

Respecto a las adquisiciones del uso del vehículo mediante leasing esta Sala en sentencia 684/2020, de 28 de septiembre, ha declarado que:

Estima la Sala que el arrendamiento financiero o leasing, por el que la arrendataria financiera se hace con el uso de la cosa arrendada a cambio del pago de una suma periódicamente, pudiendo opcionalmente al final del contrato hacer uso de la facultad de compra del mismo mediante un precio residual, es una de las formas usuales de proveer a los empresarios de bienes y servicios.

Que el arrendamiento financiero fuese el modo usual de adquirir la actora el uso de bienes de capital, ejercitara o no finalmente la cuota residual, no impide estimar que, de ser ciertos los hechos imputados, la actora no fuera una perjudicada por la conducta anticompetitiva, en cuanto hubo de financiar un bien de su empresa por un precio o valor de compra para el arrendador superior al que debía haberse fijado por el mercado y, consecuentemente hubo de abonar superiores importes en concepto de renta, esto es, tanto de amortización, como de financiación del bien. Por ello, resulta claro su legitimación como perjudicado por la conducta anticompetitiva para reclamar el incremento de precio derivado de la actuación del cartel.

En el mismo sentido, SAP de Pontevedra (Sección 1ª) 213/2020, de 14 de mayo de 2020 , para un supuesto en que la legitimación sí fue objeto de recurso. La sentencia de esta Sala 578/2020, de 27 de julio , en un supuesto en que no se cuestionaba la legitimación activa en sede de recurso también aceptó la existencia de un arrendamiento financiero como instrumento contractual para hacerse con el uso del vehículo como título de legitimación bastante para reclamar los daños derivados de la actuación anticompetitiva de la demandada.

En todo caso, el art. 10 LEC , en el Derecho interno, y la consecuencia derivada del art.101 del TFUE , según la cual todo perjudicado por una conducta de este tipo puede reclamar la íntegra indemnización del daño causado (STJUE 20 de septiembre de 2001, C-453/99 , Courage y Crehan y 13 de julio de 2006 , asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04 , Manfredi y otros) en el Derecho comunitario, conducen a considerar sin género de duda a la actora como legitimada para reclamar el daño causado y que la misma lo cifra en el posible sobreprecio fijado para el camión a consecuencia de los acuerdos alcanzados entre las partes."

En definitiva, como dice la SAP. Valencia, secc. 9ª, 101/2022, de 8 de abril, se reconoce la cualidad de perjudicado, desde una perspectiva amplia del concepto, "a quienes, dentro del periodo de cartelización, pagaron de más en la adquisición de la propiedad o del derecho a la explotación de los bienes cartelizados con independencia de la fórmula de pago del precio (al contado, a plazos, a través de arrendamiento financiero o renting)". El subrayado es nuestro.

Cuestión distinta puede ser el alcance de la indemnización, pero no la legitimación del arrendador de los camiones. Con independencia de que hubiera habido o no opción de compra.

VIGESIMO.- Que en la documentación obtenida de la transportista falten 2 ó 3 cuotas de 48, en un contrato de alquiler de 2005, no es causa jurídica que inhabilite la citada legitimación. Como hemos reiterado, resulta suficiente dicha documentación para acreditar la condición de usuario o arrendatario de los camiones y el pago de las cuotas, en base al principio "id quod plerumque accidit" (lo que normalmente sucede).

VIII.- PERICIALES.-

VIGESIMO PRIMERO.- La pericial de la parte demandante, emitida por D. Martin , realiza un estudio del comportamiento de las diferentes clases de cárteles y los pone en conexión con el concreto negocio de la fabricación de camiones. Y que en el EEE supone más del 70% del total de la actividad económica del transporte interior el realizado por ese medio.

Relata el contenido técnico de las modificaciones para reducir emisiones (EURO III a EURO VI). Lo que supone un sobrecoste en la fabricación para el fabricante. Lo que no parece dudar nadie. Calculando el coste de dichas implementaciones, que corroboran la existencia de ese sobrecoste. Concluye, a modo de ejemplo, que el sobrecoste para un motor de 9.000 cm3 de la EURO VI, supondrá 5.666 €+IVA.

Tiene en cuenta como se calculan las multas por la Comisión Europea: un porcentaje de las ventas anuales del producto objeto de la infracción. Porcentaje que va del 10% al 20%. Siendo la multa impuesta a Daimler la más importante (1.008.766,000€).

A continuación, efectúa un análisis de diversos métodos de averiguación de los daños causados por la cartelización del mercado. El contrafactual (qué hubiera pasado si cártel), el de modelización (situando el mercado en una posición de competencia). Pero estos sistemas se desarrollan a través de una serie de fórmulas que requieren la sustitución de las letras que las configuran y expresan por guarismos que es preciso concretar. Alguno de las cuales sigue siendo de índole "estimatoria. Como el factor m , es decir "el margen de beneficio en el escenario competitivo" y ello porque no suele haber datos disponibles. Aunque se suele situar entre el 5% y el 20% que en cierta medida coinciden con el volumen de las multas que impone la Comisión, buscando un efecto disuasorio.

Así concluye que el beneficio ilícito para un " m " (margen de beneficio en un escenario competitivo) de 0,15, un k (porcentaje en que aumenta su precio debido al cártel) de 0,13 y un E (valor absoluto de la elasticidad de la demanda) de -2, el beneficio ilícito sería del 7,45%.

Según otros estudios, podría estar entre una amplia horquilla del 3% y el 23,1%.

VIGESIMO SEGUNDO. - A partir de ahí se apoya en el estudio estadístico de Florian Smuda "Cartel Overcharges and the Deterrent Effect of EU Competition Law", que analiza los sobrecostes de 191 cárteles y con varios procedimientos de estimación y obtiene tasas medias y medianas de 20,70% y 18,37% del precio de venta para una duración del cártel de 8,35 años. Para ello analizó duración, reincidencia, entorno geográfico, etc...

De esta manera, selecciona sólo aquellos que se desarrollaron en Europa, pues ese es el entorno geográfico del cártel litigioso.

De los 191 casos estudiados sólo 15 obtuvieron un valor "0", es decir que un 8% de los cárteles resultaron ineficaces. Estando las tasas de sobrecostes entre un 0% y un 35% (en algún caso excepcional se llegó al 80% u 85%).

Dentro de este abanico, es preciso tener en cuenta que la duración del cártel es un indicador de éxito. Si bien, esa duración también puede ser reflejo de que los sobrecostes no son de los más altos. Porque así evitan el colapso del cártel y dificultan la detección por las autoridades. Siendo, sin embargo, mayores los sobrecostes en los cárteles internacionales que en las nacionales. Precisamente, por la mayor dificultad en su detección (casi 8 puntos por debajo en los nacionales).

Todas estas consideraciones que, pese a ser genéricas, se extraen de una muestra de casos representativa, las pone el perito en relación con la cuota de mercado de la demanda en España. Un 18,2685%. Mercado basado en un modelo de oligopolio. Y esto, a su vez, lo pone en conexión con los consumidores tipo de esta clase de mercancía. Desarrollando una formulación que, a través de la utilidad para el consumidor de comprar el producto, se podría llegar al precio contrafactual en una situación de mercado competitiva. Lo que no puede hacer -dice- ante la inexistencia de información sobre los diferentes valores económicos de las empresas.

VIGESIMOTERCERO.- Partiendo, de nuevo, de esta conclusión, la cuantificación que hace el perito distingue entre sobrecostes por implementación de tecnología de emisiones y por aumento del precio de venta de los camiones.

Respecto a la implementación de nuevas tecnologías, el precio que obtiene el perito no es el sobrecoste que haya trasladado como consecuencia de la cartelización de esas mejoras tecnológicas, sino el sobrecoste de los mismos. Los cuales, en un sistema de libre competencia también se trasladan al consumidor, siquiera en parte.

No existe, pues, un deslinde claro al respecto.

Pero, además de esta limitación explicativa, si se establece un sobrecoste por la coordinación de precios del camión en total, habrá que entender que en ese precio total se encuentra el correspondiente a las mejoras "antiemisiones".

VIGESIMOCUARTO.- De este estudio, fundamentalmente estadístico, acaba concluyendo, en el entorno de los porcentajes expuestos, que la tasa media del sobrecoste es de un 20'70 % del precio de venta.

En este caso, no obstante, al tratarse de un supuesto de arrendamiento de los camiones, el cálculo se hace en relación al contenido total de las 48 cuotas (4 años). Considera irrelevante porcentualmente el contenido económico de la cuota en lo relativo a costes ajenos a la amortización del precio. Los conceptos de mantenimiento, seguros, impuestos, kilometraje, etc., que suelen ir dentro del montante de la cuota también los contempla a la hora de hallar el sobreprecio. Tampoco excluye el beneficio empresarial de la empresa

arrendadora. Dice el perito que resultaría imposible averiguar ese beneficio porque no se sabe a qué precio adquirió la empresa de renting al concesionario. Hace 15 de años de dicha operación.

El 20'7 % se repercutirá, pues, sobre el total de las cuotas.

Resulta irrelevante si la empresa de renting vendió luego los camiones a terceros. Eso no afecta al real sobreprecio pagado en las cuotas de arrendamiento.

VIGESIMOQUINTO.- La pericial de la demandada, "KPMG", realiza una crítica al informe de D. Martín y elabora una valoración alternativa.

Entre las críticas está, lo reitera, que no se adquirieron los camiones, sólo se arrendaron. Estamos ante un mercado con un producto muy heterogéneo (los camiones), con múltiples variables. De ahí la incorrección de hallar un camión medio. El precio que utiliza KPMG no es el del negocio entre concesionario y destinatario final, sino el precio neto al concesionario (Net Sales), pues -dice- le resulta imposible conocer el primero (concesionario-cliente).

Asimismo, es imposible contemplar los muy variados *descuentos* de concesionario a cliente. Además, la evolución de la demanda del transporte por carretera en España fue muy variable.

El método empleado por la actora es ajeno a los contemplados en la Guía de la Comisión. Reproduce una cadena de presunciones no válidas, con un método sustancialmente estadístico. Siendo el estudio "Smuda" excesivamente amplio en el tiempo, por tanto, poco específico.

Tampoco es válido el cálculo genérico sobre implantación de Nuevas Tecnologías.

Y el IVA no se puede cartelizar, porque es un impuesto neutro.

VIGESIMOSEXTO.- *Dictamen de la demandada.* -

La parte demandada ha realizado, a su vez, un dictamen que no es una réplica de los de la parte actora. Propone un método **diacrónico** que llega a la conclusión de un sobrecoste inexistente (cero).

Estudia un periodo desde **2003** a **2016**, pues -dice- carece de datos fiables anteriores. Parte de la necesidad de considerar un buen número de elementos adicionales, puesto que **cada camión es distinto**. Diferencia en la comparación tres segmentos: -camiones de larga distancia, -de distribución interregional y - de transporte estándar.

Analiza la evolución del "**Net Sales**" (no propiamente el precio neto o de transferencia). "Net Sales" que supone descontar del Precio Neto al Concesionario ciertas provisiones de ingreso en cada transacción. Por ejemplo, por pronto pago, promociones, etc.

Además de agrupar los camiones por segmentos de uso es preciso valorar determinadas variables, la **clasificación MCAE** (Modelo, Chasis, Disposición de los ejes y Clasificación de la potencia del motor).

Con estos elementos de comparación, concluye que la evolución del "Net Sales" no está relacionado con el periodo de la infracción. Sí sube después del mismo.

Pero sí estaría relacionado el "Net Sales" con los costes (SCOM) y por la demanda del mercado. Influyendo, por ejemplo, supuestos de restricciones del crédito, coste del combustible (muy sensible en una empresa de transportes).

En un **análisis de regresión** para averiguar el comportamiento de los precios netos es preciso atender -dentro de cada segmento de uso- al: -coste del camión, -la demanda del mercado y las - características MCAE del camión.

Lo que conduce de nuevo a un sobreprecio "0".

Añade a esto que, ante un posible sobreprecio, existe una alta probabilidad de que la demandante hubiera repercutido todo el presunto daño a sus clientes ("passing on").

Insiste en diferenciar entre camiones, distingue cuatro segmentos. Pero hace especial incidencia en que no puede aplicarse un porcentaje sobre la cuota total, porque sí es posible averiguar los costes de la cuota ajenos al precio del vehículo. Aunque en este caso no es posible por ausencia de datos. Pero sí reconoce el perito de la demandada que el contrato es de alquiler (no necesariamente "renting") y que si hubiera sobreprecio pudiera ser que afectara a los alquileres.

VIGESIMOSEPTIMO.- El perito de designación judicial, D. Virgilio .

Realiza un estudio analítico, después de exponer diferentes métodos. Se queja de la ausencia de datos así como de la ineficacia de la denominada "Sala de Datos" que supone una mera exhibición, sin la posibilidad



de tenerlos en un pendrive para poder realizar con ellos operaciones y regresiones. Ante la imposibilidad de encontrar datos fiables sobre los estados financieros de las empresas, opta por métodos basados en *comparables*, mediante estudio de casos concretos en los que ha existido colisión durante un periodo de tiempo largo y que cuantifican el sobrecoste en función de un porcentaje sobre el precio de venta.

De este análisis de tablas (Anexos 1 a 3 del informe) obtiene un rango sobre el porcentaje que suponen los sobrecostes respecto al precio de mercado (con colusión) o sobre el precio de no existir colusión.

Y así la primera conclusión que extrae es que la *mediana ponderada*, mucho más representativa que la media, habla de sobreprecio. Prefiere la mediana ya que no está influida por episodios extremos.

La conclusión es que un *sobrecoste del 18%* refleja un punto de coherencia con todos los informes analizados.

También cuantifica el sobrecoste en la transferencia del coste de tecnología.

Hace un cálculo con y sin IVA. Este último sobre 50.000 Euros (18%): 9.000 Euros.

Y 380 Euros por sobrecostes en tecnología de las emisiones partiendo de la MMA (10.000 Kg.)

VIGESIMOCTAVO.- En cuanto al sobrecoste del precio, la *pericial de la demandada* no ofrece cuantificación alguna. La jurisprudencia ha insistido, partiendo de la S.T.S. 651/2013 de 7 de noviembre (cártel del Azúcar), en la dificultad de recrear una reproducción perfecta de la situación ideal sin limitación a la libre competencia. Esa dificultad (prácticamente imposibilidad) no puede impedir la indemnización concreta del perjudicado. Para lo cual no puede exigirse un método concreto, sino un informe que formule una hipótesis razonable, técnicamente contrastable. Lo que obliga al juzgador a un análisis de la prueba que responda a criterios de "sana crítica", si bien en este contexto de ausencia de definición matemáticamente perfecta; con flexibilidad, que no se puede confundir con "soluciones salomónicas". Sino a decisiones de discrecionalidad razonable.

Pues bien, la pericial de la demandada critica a la de la parte actora en base a una serie de afirmaciones de carácter general. Pero no aporta datos que sí posee la parte que lo propuso como perito.

La heterogeneidad del mercado, de los países, de precios y la complejidad es la base sobre la que se asientan las recomendaciones jurisprudenciales y de los organismos comunitarios, en el sentido de que no se puede exigir sino una estimación, no un cálculo exacto. Por lo que esos argumentos no enervan el informe pericial de la actora.

Tampoco se puede aceptar como argumento que el intercambio de información no significa fijación de precios, porque la propia Decisión dice lo contrario en su Introducción, punto (2).

Si se incrementaron precios brutos será para incrementar precios netos. De lo contrario carecería de sentido mantener un cártel durante 14 años si con él no se hubiere obtenido beneficios adicionales a los correspondientes a una situación de libre competencia.

De hecho, cuando los sobrecostes los asumen muchos competidores, resulta más fácil subir los precios netos (a pagar por el cliente), pues tendrá verdadera dificultad en acudir a otra empresa que no haya subido esos precios. En eso consiste la cartelización, en privar al consumidor de la opción de acudir a la competencia.

VIGESIMONOVENO.--Despejados estos argumentos, resta por *cuantificar* el daño reiteradamente afirmado.

La pericial de la parte actora no establece unas pautas concretas respecto a la demandada. Aunque si se apoya en datos estadísticos que permiten un acercamiento siquiera conceptual a la realidad de un daño económico mensurable entre unos porcentajes, eso sí, excesivamente generales.

En este contexto, creado por la cartelización del mercado de camiones, el análisis meramente estadístico cumple una misión de aproximación al entorno *estimativo* razonable que propugna la jurisprudencia nacional y extranjera, así como los ya reiterados documentos o guías.

De tal manera que en esa horquilla porcentual están los supuestos de cártel no anómalos o excepcionales. Anormalidad que en este caso no consta.

TRIGÉSIMO.- Desde luego, la pericial de la demandada no utiliza todos los datos que sí tiene en su poder. Sólo analiza el cártel desde 2009. No utiliza el precio al cliente, cuando podría haberlo hecho. No se puede pretender que la heterogeneidad del mercado las diferencias entre países del comercio de transporte terrestre impidan calcular estimativamente un sobreprecio medio. Lo contrario supondría infringir el principio de eficacia del Derecho de la Unión y las propias recomendaciones de la Decisión.

TRIGÉSIMO PRIMERO.- Por eso, el juicio de inferencia lógica a que está obligado este tribunal, se ampara en los elementos valorativos recogidos en los precedentes fundamentos. Entre otros, como expuso el perito Sr.



Virgilio, no se mantiene un cártel 14 años para un sobreprecio del 2%. Y menos aún en un territorio geográfico tan amplio.

Por eso, como hemos reiterado, entre otros, S.A.P. Zaragoza, secc. 5ª, 423/2021, de 14 de abril:

"Entre estos rangos que sitúan el beneficio derivado del ilícito entre un 3% y un 23,1%, con una media (que utiliza parámetros también medios) del 7,45%, considera este tribunal que procede la restitución de un daño más próximo al estadio bajo de la escala, en atención a la indefinición que venimos reflejando. Optando por el 5% sobre el precio de venta.

Valoración que, con pruebas idénticas o similares, realiza la jurisprudencia de las Audiencias. Así, Ss. A.P. Valencia, secc. 9ª, 1679/19, de 16 de diciembre, Barcelona, secc. 15, 603/20, de 17 de abril y Pontevedra, secc. 1ª, 108/20, de 28 de febrero. También sentencias de esta sección 5ª; por todas la S. 522/2020, de 3 de julio."

TRIGÉSIMO SEGUNDO.- Ahora bien, cuando se trata de leasing o renting, ese porcentaje se aplicará sobre las cuotas, que, evidentemente, no es necesariamente el precio de adquisición o venta. Pero no sobre el IVA, puesto que se trata de un impuesto neutro en el que los comerciantes se compensan los soportados y devengados.

Por otra parte, ese porcentaje se aplicará sobre la parte de cuota del renting correspondiente al alquiler, excluyendo la correspondiente a servicios netos, como mantenimiento, impuestos y beneficio de la arrendadora (correspondiente a la financiación en el leasing). Es decir, sólo respecto a la repercusión del precio. Lo que se fijará en un porcentaje de la cuota en fase de ejecución de sentencia; porcentaje -en su caso- estimativo y razonable, desde la dificultad expuesta por ambas partes de fijación exacta del montante de tales conceptos anexos a la repercusión del precio en la cuota.

Tampoco existe prueba de la independencia del sobreprecio de implantación de nuevas tecnologías como independiente del precio del camión.

TRIGÉSIMO TERCERO.- *Excepción passsing on.* -

La S.T.S. 651/2013 resume con claridad en qué consiste esta excepción. No que el comprador del camión cartelizado haya pasado el sobreprecio a sus clientes, sino el daño que supone un sobreprecio ilícito por provenir de una restricción de la competencia. No es suficiente con probar que el comprador directo ha aumentado 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 de precio *consecuencia del cártel*.

Prueba que, evidentemente, no ha logrado, ni intentado, la parte demandada.

TRIGÉSIMO CUARTO.- *Intereses.* - Es doctrina común al respecto el de la aplicación de la "restitutio in integrum" que recoge el apartado 20 de la "Guía Práctica de la Comisión Europea" y pondera la jurisprudencia como elemento indispensable de la reparación (STJUE, asunto Manfredi, C-295/04 a 298/04).

Dice así el apartado 20: "*la concesión de intereses constituye un elemento indispensable de la reparación. Estos efectos son la depreciación monetaria y la oportunidad perdida para la parte perjudicada de tener el capital a su disposición. La legislación nacional debe tener en cuenta estos efectos como el interés legal u otras formas de interés siempre que se ajusten a los principios de efectividad y de equivalencia antes citados*".

Ahora bien, en el caso de "renting" o alquiler, serán sobre la parte de cuota correspondiente (f.j.32) y desde la fecha de pago de cada cuota, no desde la fecha del contrato. Y no siendo líquidas las cantidades y en tanto no lo sean no producirán intereses.

TRIGÉSIMO QUINTO.- Tanto la estimación parcial como las dudas de Derecho conducen a no hacer condena en costas en ninguna instancia (arts. 394 y 398 LEC).

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

FALLO

Estimar parcialmente el recurso y la demanda interpuestos por la legal representación de "Transportes Sinpeco 2002, S.L. Revocando la sentencia apelada. Y condenando a "Renault Trucks SASU" a indemnizar a la demandante conforme a lo dispuesto en los fundamentos jurídicos **31, 32 y 34** de esta resolución. Sin condena en las costas de ninguna instancia. Devuélvase el depósito.

Contra la presente resolución cabe recurso de casación por interés casacional, y extraordinario por infracción procesal, si es interpuesto conjuntamente con aquél ante esta Sala en plazo de veinte días, del que conocerá el Tribunal competente, debiendo el recurrente al presentar el escrito de interposición acreditar haber efectuado



un depósito de 50 euros para cada recurso en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección (nº 4887) en la Sucursal 8005 de BANCO DE SANTANDER, debiendo indicar en el recuadro Concepto en que se realiza: 04 Civil-Extraordinario por infracción procesal y 06 Civil-Casación, y sin cuya constitución no serán admitidos a trámite.

Remítanse las actuaciones al Juzgado de procedencia junto con la presente resolución, para su ejecución y cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de este documento a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran 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 este documento no podrán ser cedidos ni comunicados a terceros. Se le apercibe en este acto que podría incurrir en responsabilidad penal, civil o administrativa.

FONDO DOCUMENTAL CEND