



Código Seguro de Verificación E04799402-Mi:hcUW-qjPD-HzjC-zHYz-H Puede verificar este documento en <https://www.administraciondejusticia.gob.es>

NOTA.- Se advierte que, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en relación con lo regulado en el art. 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta resolución o acto de comunicación son confidenciales y su traslado o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento está prohibida, sin perjuicio de las competencias que al Consejo General del Poder Judicial se le reconocen en el art. 560.1 - 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 736/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente
García

**TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil**

Auto núm. /

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 22 de noviembre de 2023.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de AB Volvo interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia n.º 1083/2020, de 15 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8.^a, en el rollo de apelación n.º 1534/2019, dimanante de los autos de



procedimiento ordinario n.º 205/2018, seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Alicante.

SEGUNDO.- Mediante diligencia de ordenación se tuvo por interpuesto los recursos, acordándose la remisión de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes ante esta sala, apareciendo notificada dicha resolución a los procuradores de los litigantes.

TERCERO.- Formado el rollo de sala, se tuvo por personado al procurador D. Ignacio López Chocarro, en nombre y representación de AB Volvo, en concepto de parte recurrente. Por su parte, el procurador D.ª María Virtudes Valero Mora presentó escrito ante esta Sala, en nombre y representación de [REDACTED], personándose en calidad de parte recurrida.

CUARTO.- Por providencia de fecha 26 de julio de 2023 se pusieron de manifiesto las posibles causas de inadmisión de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación a las partes personadas.

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de fecha 21 de septiembre de 2023 se hace constar que todas las partes personadas han presentado alegaciones en relación con las posibles causas de inadmisión.

SEXTO.- La parte recurrente ha efectuado los depósitos para recurrir exigidos por la disposición adicional 15.ª de la LOPJ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La presente resolución adopta la forma de auto porque la providencia de puesta de manifiesto de causas de inadmisión se dictó antes de la entrada en vigor del Real decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio.



SEGUNDO.- La sentencia frente a la que se interponen recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación fue dictada en un procedimiento ordinario tramitado en atención a la materia (art. 249.1.4.º LEC). En consecuencia, el cauce adecuado para acceder a la casación es el contemplado en el ordinal 3.º del art. 477.2 de la LEC, acreditando la existencia de interés casacional en los términos dispuestos en el Acuerdo del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal (Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017). Conforme a lo previsto en la DF 16.ª 1 5.ª LEC debe examinarse en primer término el recurso de casación puesto que su inadmisión acarrea, según lo previsto en la citada Disposición Final, la inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal.

TERCERO.- El recurso de casación se formula a través de la vía casacional contemplada en el art. 477.2.3.º LEC y consta de cinco motivos que encabeza de la siguiente manera:

Primero.- Al amparo de lo establecido en el art. 477.1 LEC. Infracción legal por aplicación errónea del art. 1.902 del Código Civil en relación con el marco legal de las acciones de daños consecutivas a una infracción de las normas de competencia con infracción del art. 117.1 CE.

Segundo.- Al amparo de lo establecido en el art. 477.1 LEC. Infracción del art. 1.902 CC por indebida aplicación al caso de la denominada regla del daño *ex re ipsa*

Tercero.- Al amparo de lo establecido en el art. 477.1 LEC. Infracción del art. 1.902 CC por aplicación errónea de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo en sus sentencias n.º 344/2012, de 8 de junio (ECLI: ES:TS:2012:5462) y 651/2013, de 7 de noviembre (ECLI:ES:TS:2013:5819) (casos azucarera).

Cuarto.- Al amparo de lo establecido en el art. 477.1 LEC infracción del art. 1.106 del código civil, en relación con el art. 1.902 CC por aplicación errónea: ausencia de los requisitos de existencia del daño y relación de causalidad en su dimensión jurídica.

Quinto.- Al amparo de lo establecido en el art. 477.1 LEC. Infracción del art. 1.106 del Código Civil, en relación con el art. 1.902 CC por aplicación errónea: inexistencia de daño por sobrecoste en el caso concreto.

CUARTO.- Así expuesto, el recurso de casación ha de ser inadmitido y ello por cuanto sus cinco motivos incurren en la causa de inadmisión de carencia



manifiesta de fundamento (art. 483.2 4.º LEC), porque las cuestiones que plantean han sido resueltas por la sala en las sentencias 923/2023, de 12 de junio, 924/2023, de 12 de junio, 925/2023, de 12 de junio, 926/2023, de 12 de junio, 927/2023, de 12 de junio, 928/2023, de 12 de junio, 939/2023, de 12 de junio, 940/2023, de 13 de junio, 941/2023, de 13 de junio, 942/2023, de 13 de junio, 946/2023, de 14 de junio, 947/2023, de 14 de junio, 948/2023, de 14 de junio, 949/2023, de 14 de junio, 950/2023, de 14 de junio y 1415/2023, de 16 de octubre, dictadas con posterioridad a la interposición del recurso.

La inadmisión del recurso de casación, comporta la improcedencia del recurso extraordinario por infracción procesal, formulado de forma conjunta, por aplicación de la disposición final 16.ª.1.5.ª LEC.

QUINTO.- Procede, así pues, y a pesar de las alegaciones efectuadas por la recurrente mediante escrito de fecha 13 de septiembre de 2023, declarar inadmisibles los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación presentados y firme la sentencia, de conformidad con lo previsto en los arts. 483.4 y 473.2 LEC, dejando sentado el art. 473.3 y el art. 483.5 LEC, que contra este auto no cabe recurso alguno.

Al respecto de las alegaciones relativas a la existencia de incidentes de nulidad, cabe señalar que los mismos han sido inadmitidos por providencias de 2 de octubre de 2023 y que la cuestión específica a que se hace referencia está resuelta en las sentencias citadas.

SEXTO.- No procede la condena en costas. El carácter sobrevenido de la doctrina jurisprudencial que fundamenta la inadmisión y el escaso tiempo transcurrido hasta el dictado de esta resolución deben valorarse conforme al apartado IV. 3.2. del Acuerdo de Pleno no jurisdiccional sobre criterios de admisión de 27 de enero de 2017.

SÉPTIMO.- Siendo inadmisibles los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal procede la pérdida de los depósitos constituidos, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15.ª, apartado 9, LOPJ.



PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

1.º) Inadmitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de AB Volvo contra la sentencia n.º 1083/2020, de 15 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8.ª, en el rollo de apelación n.º 1534/2019, dimanante de los autos de procedimiento ordinario n.º 205/2018, seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Alicante.

2.º) Declarar firme dicha sentencia, con pérdida de los depósitos constituidos.

3.º) Y remitir las actuaciones, junto con testimonio de esta resolución al órgano de procedencia, llevándose a cabo la notificación de la presente resolución por este Tribunal a las partes recurrente y recurrida comparecidas ante esta sala.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.





Roj: **SAP A 3024/2020 - ECLI:ES:APA:2020:3024**

Id Cendoj: **03014370082020101017**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Alicante/Alacant**

Sección: **8**

Fecha: **15/10/2020**

Nº de Recurso: **1534/2019**

Nº de Resolución: **1083/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **LUIS ANTONIO SOLER PASCUAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE

SECCIÓN OCTAVA.

TRIBUNAL DE MARCAS DE LA UNIÓN EUROPEA

ROLLO DE SALA Nº 1534 (M-1483) 19

PROCEDIMIENTO Juicio Ordinario 205/18

JUZGADO de lo Mercantil nº 2 Alicante

SENTENCIA Nº 1083/20

Ilmos.

Presidente: D. Enrique García-Chamón Cervera

Magistrado: D. Luis Antonio Soler Pascual

Magistrado: D. Francisco José Soriano Guzmán

En la ciudad de Alicante, a quince de octubre de dos mil veinte

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, integrada por los Ilmos. Sres. expresados al margen, ha visto los autos de Juicio Ordinario sobre daños y perjuicios derivados de infracción de defensa de la compente, seguido en instancia ante el Juzgado de lo Mercantil número dos de Alicante, con el número 205/18, y de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado tanto por la parte demandada, la mercantil AB Volvo (Publ), representada en este Tribunal por la Procuradora D^a. Francisca Caballero Caballero y dirigida por la Letrada D^a. Natalia Gómez Bernardo; y por la parte demandante integrada por D. Jesús y D. Julio, representados en este Tribunal por la Procuradora D^a. María Virtudes Valero Mora y dirigidos por el Letrado D. Rafael Fuentes Castro; habiendo presentado cada parte escrito de oposición al recurso de la contra parte.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Mercantil número dos de los de Alicante, en los referidos autos tramitados con el núm. 205/18, dictó Sentencia con fecha 18 de junio de 2019, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: *"Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda interpuesta por doña Virtudes Valero Mora, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de don Julio contra AB VOLVO y en consecuencia condeno a ésta a pagar a la primera la cantidad de VEINTE MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y DOS EUROS Y CINCUENTA CÉNTIMOS (20.84250€) más los intereses legales desde la fecha del pago y sin hacer especial pronunciamiento en materia de costas.*

Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda interpuesta por doña Virtudes Valero Mora, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de don Jesús contra AB VOLVO y en consecuencia condeno a ésta



a pagar a la primera la cantidad de CINCO MIL CINCUENTA Y CUATRO EUROS (5.054€) más los intereses legales desde la fecha del pago y sin hacer especial pronunciamiento en materia de costas."

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación por las partes arriba referenciadas del que se dio traslado a las demás partes que presentaron escrito de oposición. Seguidamente, tras emplazar a las partes, se elevaron los autos a este Tribunal con fecha 23 de octubre de 2019 donde fue formado el Rollo número 1534/M-1483/ 19 en el que por Auto de este Tribunal de fecha 25 de noviembre de 2019 se resolvió sobre la prueba propuesta por las partes apelantes, denegándose en particular la incorporación a propuesta de la mercantil AB Volvo del informe emitido por la Consultora Oxera de 2 de mayo de 2019 denominado " *Cómo evaluar los efectos de la infracción en el mercado de camiones*", resolución confirmada por el Auto de 20 de enero de 2020, resolutorio del recurso de reposición formulado por la mercantil demandada AB Volvo por la denegación de la unión del citado informe, complementada en relación al pronunciamiento de las costas por el Auto de fecha 26 de febrero de 2020, señalándose seguidamente para deliberación, votación y fallo el día 15 de octubre de 2020 en que tuvo lugar.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo Sr. D. Luis Antonio Soler Pascual.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Exposición del litigio. Acciones follow-on por daños derivados de conductas anticompetitivas. Posición de las partes. La sentencia de instancia.

PRIMERO.- Se ejercita en las demandas principiadoras del presente proceso, acciones consecutivas a la declaración por la Comisión Europea (Decisión de 19 de julio de 2016, asunto T-39824-Camiones, publicada en el DOUE el día 6 de abril de 2017) de infracción por conducta anticompetitiva (*follow-on*) en reclamación de los daños y perjuicios padecidos con ocasión de la adquisición por los demandantes dentro del periodo de referencia (17 de enero de 1997 a 18 de enero de 2011), de unos camiones a un concesionario (Provehima S.A.) de vehículos AB Volvo, fabricante sancionada en aquella Decisión, y como consecuencia del efecto producido por dicha conducta ilícita sobre el precio de adquisición.

Se solicita en base a ello, y atendido el informe pericial que se aporta, que se declare que la mercantil AB Volvo es responsable de los daños y perjuicios producidos su conducta anticompetitiva sobre el precio de adquisición, condenando a la mercantil a reintegrar el sobrecoste en la adquisición de los vehículos camiones que cifra D. Julio , por la adquisición el día 15 de noviembre de 2007 de dos camiones Volvo del modelo FH13 480 con número de identificación respectivo NUM000 y NUM001 y por precio cada uno de 94.000 euros, en 40.376,22 euros y, D. Jose María , que adquiere un camión Volvo modelo FH 13 el día 25 de octubre de 2010, por importe también de 94.000 euros, en 20.636,25 euros.

A estas pretensiones opuso la representación de Volvo, en primer lugar, cuestión declinatoria por falta de competencia internacional -que fue desestimada- y, al fondo, que la acción operativa para la reclamación formulada no podía ser otra que la que se desprende del art. 1902 CC al no se aplicable el régimen jurídico implementado por el RD-Ley 9/2017, con lo que implica respecto de la carga en los demandantes de la prueba del daño y de su cuantificación, negando que ésta se haya producido, oponiendo en todo caso, de concluirse que hubo perjuicio por un incremento del precio, que dicho incremento habría sido trasladado a los propios clientes del demandante (defensa del *passin-on*) por lo que no habrían sufrido daño alguno, instando la íntegra desestimación de la demanda.

La Sentencia de instancia, tras afirmar la legitimación activa del Sr. Julio respecto de la acción derivada de la adquisición de ambos camiones y describir como régimen jurídico aplicable el de la Directiva 2014/104/UE y su transposición al ordenamiento español, afirma que procede estimar presuntivamente el daño por sobrecoste del precio derivado de la conducta cartelaria de Volvo y, tras desestimar las conclusiones de los informes periciales, tanto de la parte demandante como de demandada, haciendo uso de la facultad de estimación del daño concluye, atendido que se trata de un cártel de precios muy prolongado en el tiempo, la naturaleza oligopolística del mercado de camiones, la inexistencia de productos alternativos, la grave crisis económica de 2008 acontecida constante la práctica colusoria, las particularidades de los vehículos y de su mercado, la forma de pago -con entrega de camión y efectivo- y otros, que la cuantificación de la incidencia del cártel ha sido del 10% del precio final más intereses legales para los vehículos adquiridos en noviembre de 2007 y del 7% para el camión adquirido en octubre de 2010, concretando dicha indemnización en 20.842,5 euros e intereses legales desde la fecha del pago para el Sr. Julio , y en 5.054 euros más intereses legales para el Sr. Jesús .

Críticos con esta resolución, formulan recurso de apelación tanto la parte demandante como la demandada.



Los demandantes, en esencia, por discrepancias en el importe de la indemnización. La fabricante demandada, además de por apreciar diversas infracciones procesales, por disentir del régimen jurídico aplicado, de la presunción del daño y de la fijación de la cuantía del daño por estimación judicial.

Examinaremos seguidamente los motivos que en concreto sustentan los recursos someramente descritos.

Recurso de AB Volvo. Infracciones procesales. Incongruencia extra petita. Infracción de normas sobre motivación y prueba pericial.

SEGUNDO.- Denuncia en el primero de los motivos procesales, la infracción del principio dispositivo y de rogación causante de que la Sentencia incurra en incongruencia *extra petita*, con infracción de los artículos 216, 218.1 LEC y 24 CE, al estimar la demanda parcialmente a pesar de reconocer que las pruebas practicadas en el procedimiento determinan la inexistencia de acreditación de daño y su cuantía, lo que supone estimar la demanda sin mínima actividad probatoria de los daños y valiéndose de solo la voluntad del Juzgado que como tal, supone la infracción legal del principio de rogación determinante de la necesaria revocación de la Sentencia.

En concreto, y tras una amplia cita jurisprudencial relativa a los principios indicados, denuncia la técnica utilizada en la Sentencia que, apartándose de la pericial de la actora y la demandada, opta por considerar motu proprio los daños sin soporte probatorio. Recuerda que la sentencia considera que el informe pericial de la actora no es útil a los efectos de probar la existencia del daño y su cuantía al carecer de credibilidad pero, en lugar de desestimar la demanda de conformidad con el principio de rogación, la Sentencia procede a cuantificar la indemnización, arrogándose el papel de perito experto económico sin indicar qué criterios económicos le permiten alcanzar esa solución y no otra. Se apartaría por ello la Sentencia del principio rogatorio, supliendo defectos en la alegación y prueba de elementos fácticos de la acción de la actora, estableciendo unilateralmente el daño sin apoyo probatorio alguno, incurriendo por ello la sentencia en arbitrariedad, que no se atempera con las facultades de los artículos 429.1 y 435.2 LEC, que no permiten al Juzgador reemplazar la actividad probatoria de las partes por su propio criterio, no habiendo en realidad equivalente al principio *iura novit curia* para la prueba en general y la pericial en particular.

Denuncia en segundo lugar la infracción de las normas que regulan la motivación de la sentencia - art 24 CE- por contradicción, incurriendo en arbitrariedad pues de la lectura de la sentencia se constata como la posición adoptada por el Juzgador en que este tipo de acciones necesitan de una cuantificación específica que siga los criterios de la Comisión Europea en la Guía y tras descartar los criterios periciales, cuantifica el daño solo con base a sus propias consideraciones sin sustento probatorio alguno, lo que genera la contradicción denunciada en tanto que indica que se puede fijar el daño sin atender a prueba alguna, haciéndolo por propia iniciativa sin atender a prueba alguna, incurriendo en la arbitrariedad prohibida en el art. 9.3 CE, cayendo en la contradicción de que se critique las deficiencias en el informe pericial de la actora para no atenderlo y sin embargo luego fije el daño sin llevar a cabo las averiguaciones que solicitó a dicha parte para valorar el informe pericial aportado por la demandada - STS 25 de junio de 2014-.

Y denuncia en tercer lugar la infracción de las normas que regulan la valoración de la prueba pericial y su motivación.

Afirma el apelante que la jurisprudencia ha establecido los criterios de valoración de los informes periciales con un sistema de ponderación descrito en la propia jurisprudencia -que cita-, estableciendo que se vulneran las reglas de la sana crítica cuando, en la valoración de la prueba pericial se prescinde del contenido del dictamen y cuando la valoración atenta a la lógica y racionalidad, siendo así que en el caso la Sentencia vulnera el art. 348 LEC al prescindir de la valoración del dictamen pericial de la demandada, haciendo afirmaciones contrarias al contenido literal del mismo.

Así, y en primer lugar, descarta la Sentencia el informe pericial de los Sres Ángel y Augusto por haber utilizado solo uno de los métodos previstos en la Guía Práctica de la Comisión porque son, dice la Sentencia, cumulativos, lo que no es cierto porque la Comunicación de la comisión sobre cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE que acompaña a la Guía dispone que da indicaciones sobre distintas formas de perjuicio, ofreciendo información sobre los principales métodos y técnicas disponibles para cuantificarlos y explicando las características propias de los diversos métodos y técnicas disponibles para cuantificar el daño, en modo tal que en absoluto puede deducirse de la Guía que se trate de métodos cumulativos sino alternativos, no habiendo en dicho documento nada que permita afirmar lo contrario, refiriéndose de hecho a los métodos de comparación temporal más utilizados por las partes y órganos jurisdiccionales. En segundo lugar, condiciona la Sentencia el valor probatorio del informe con la afirmación de que el perito expuso que la conducta sancionada consistió en intercambio de información (con lo que discrepa la Sentencia) cuando en realidad el perito explicó que la parte III del informe y la cuantificación de la variable infracción era



independiente de la interpretación que hacía de la Decisión, habiendo señalado en concreto el perito que se había limitado a contrastar la hipótesis estadística sobre si los precios medios durante el periodo de infracción habían sido distintos a un periodo no afectado por la infracción, siendo así que en base a los datos obtenidos el resultado obtenido le había permitido descartar, porque no había relación estadística con un margen de confianza suficiente, que existiera relación entre la infracción y los precios, afirmando explícitamente que su posición sobre la naturaleza económica de la infracción era independiente a la hipótesis que contrastaba. Y en tercer lugar, dice el apelante, la Sentencia tampoco considera el informe pericial por no incluir todo el periodo anterior al año 2003 y un periodo posterior mayor al ya proporcionado -hasta 2016-, crítica que entiende el recurrente es contraria a la lógica porque, uno, la validez del análisis econométrico no depende de la existencia de los datos anteriores y posteriores, dos, porque respecto del periodo anterior el Sr. Ángel expresó que solo pudo obtener datos bastantes desde el año 2003 y no desde 1997, lo que afirmaba que no invalidaba sus conclusiones porque las condiciones de demanda en el primer periodo eran muy parecida a las que se producen entre 2003 y 2007, tres, porque respecto del mantenimiento durante el periodo anterior la Decisión es clara en el sentido de que la conducta sancionada acabó en enero de 2011 y, cuatro, porque explicó el Sr. Ángel, en otras decisiones de la Comisión Europea en expedientes de concentración, se analizó el mercado en septiembre de 2011 y, reconociendo la existencia del procedimiento sancionador, expresaron que el mercado era competitivo, descartando por ello la existencia de efectos coordinados en ese mercado, razones por las que no cabe cuestionar la fecha del fin de la infracción como punto de referencia del término de los efectos del mercado, siendo válidas las hipótesis del modelo econométrico.

Concluye esta primera sección del recurso el apelante instando, en base a la motivación aquí sucintamente expuesta, que las infracciones descritas ponen de relieve que la Sentencia ha infringido las normas sobre valoración del informe pericial de los Sres Ángel y Augusto -KPMG- al apartarse de su literosuficiencia y contenido para predicar del mismo extremos que no constan en el informe o que son contrarios a su contenido literal y ratificación, efectuándose una valoración del informe citado por referencia a manifestaciones no contenidas en el mismo o en base a condicionantes inexistentes, lo que implica que se han infringido las reglas de la sana crítica, procediendo por ello la revocación de la Sentencia.

Posición del Tribunal.

Como resulta de la exposición de las infracciones procesales denunciadas, es fácilmente perceptible que más que infracciones procesales lo que se denuncia son evidentes discrepancias entre las motivaciones contenidas en la Sentencia y las consideraciones del recurrente que nacen, en cuanto al primero y segundo de los motivos, de la interpretación y aplicación de la Directiva 2014/104/UE -a la que luego en concreto se refiere el apelante en un motivo sustantivo específico- y, en cuanto al tercero de los motivos, de la denuncia de lo que, desde nuestro punto de vista, es en realidad un conjunto de argumentos que abundan una alegación relativa a la apreciación de un error en la valoración de la prueba pericial.

En efecto, denuncia el recurrente la infracción de los artículos 216 y 218.1 LEC en relación al art. 24 -vulneración de los principios dispositivo y de rogación-, imputando incongruencia *extra petita* porque la Sentencia, tras excluir como elementos en que basar su decisión los informes periciales, fija la existencia del daño y su cuantificación sin atender a los mismos, crítica que como resulta del escrito del recurrente, se efectúa de manera preliminar pero con base al motivo luego articulado por el apelante en su apartado correspondiente relativo a la posible infracción legal en la aplicación de la Directiva 2014/104 y que lleva al Juzgador a efectuar en su Sentencia una explícita cita de los artículos de la citada Directiva números 17.2 (sobre la presunción del daño) y 17.1 (estimación judicial del perjuicio) en que los que se basa precisamente para, más allá de los informes periciales, efectuar las conclusiones que formula con la motivación contenida en su fundamento quinto -sobre la estimación del Juzgador- con la que la parte es obvio que no está de acuerdo pero que no podemos aceptar ni que suponga un vicio de incongruencia, en tanto no se incurre en este vicio " *cuando se da acogida a lo que sustancialmente está comprendido en el objeto del pleito o implícitamente en las pretensiones deducidas en la demanda*" (Sentencia 1015/2006, de 13 de octubre), que en el caso que nos ocupa es la constatación del daño y su cuantificación ex art 1902 CC ni, desde luego, una falta de motivación pues ésta, como derecho incluido en la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, es un requisito de la sentencia que exige que se haga saber a las partes o se exterioricen cuáles son las razones que conducen al fallo de una resolución, con independencia de su acierto y su extensión, de forma que este razonamiento pueda someterse a control a través de los correspondientes recursos, señalando al efecto la STS 790/2013, de 27 de diciembre, con cita del Tribunal Constitucional que " *deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquélla*", sin que la atribución de falta de motivación deba confundirse con una mera discrepancia con las conclusiones que alcanza una sentencia, en este caso la impugnada, que contiene conclusiones que sin duda podrán ser revisadas en el marco del presente recurso de apelación en el marco de las infracciones sustantivas y de valoración probatoria pero no como formas de



infracción procesal o por falta de motivación pues es lo cierto que en el caso, sobre la base de la Directiva cuya aplicación se cuestiona por el recurrente, el Juez emite una motivación, a la que dedica su fundamento de derecho quinto, que no es en principio ni ilógica ni arbitraria, sin que sea cierto que en la Sentencia no se expresen o no se entiendan las razones por las que sientan las conclusiones del litigio o su fallo.

Tanto más evidentes son las razones por las que se deben rechazar las motivaciones expuestas en cuanto a la infracción de las normas sobre valoración de la prueba pericial y su motivación ya que no hay en ninguna de las razones que expone el recurrente como fundamento de su recurso -crítica a la consideración sobre el carácter cumulativo de los métodos de valoración contenidos en la Guía, el alcance de la relación entre las consideraciones del perito sobre la naturaleza de la infracción denunciada y sus conclusiones sobre el daño y, finalmente, sobre la relevancia del periodo a valorar en el informe-, ni falta de motivación ni no podemos admitir que haya en ellas una valoración arbitraria del informe pericial del recurrente pues, en cuanto a lo primero, es una discrepancia interpretativa sobre el texto de la Guía, lo segundo, una discrepancia sobre valoración del informe pericial que no cabe duda ninguna que corresponde hacer el Juez examinando el conjunto de los elementos expuestos en el informe que incluye en este caso, la naturaleza de la infracción y, lo tercero, como lo anterior, porque no es sino una discrepancia valorativa de la crítica que hace el juez sobre la conveniencia del método del perito en relación a los periodos tomados en consideración, es especial periodos post-cártel.

En suma, desestimamos los motivos formulados por la demandada en base a supuestas infracciones procesales.

Falta de legitimación activa de D. Julio

TERCERO.- Refiere seguidamente la representación de Volvo en su recurso, la falta de legitimación activa de D. Julio (erróneamente el apelante se refiere a D. Julio) en relación a uno de los camiones incluidos en su demanda en tanto aunque reclama el sobrecoste por la compra de dos camiones con números de bastidor NUM001 y NUM000, es lo cierto que respecto de uno de ellos, el camión matrícula-NBT, bastidor NUM000, entiende el recurrente acreditado que no fue adquirido por el citado demandante sino por tercero, en concreto por D^a. Teodora.

Así lo afirma el recurrente atendida la factura de compra de fecha 16 de noviembre de 2007, en la que aparece como compradora la Sra. Teodora, con la constatación del pago de la factura que aunque se ordena por el Sr. Julio se hace por "cuenta de Teodora" o, lo que es lo mismo, por cuenta de quien figuraba como adquirente, y con la acreditación con la factura aportada que la posterior venta del camión, en abril de 2016 a la sociedad Silbatrans, se hace por D^a. Teodora en el marco de una operación de transmisión del patrimonio empresarial de ésta, documentos que con el valor que tienen reconocidos por la jurisprudencia -que cita- acreditan en el proceso que la titularidad del camión es de tercero distinto al demandante, lo que impone apreciar falta de legitimación activa del Sr. Julio en relación con el ejercicio de la acción indemnizatoria vinculada al citado camión y, por ende, la desestimación de las pretensiones vinculadas a dicho vehículo con imposición de las costas.

Posición del Tribunal.

No queremos dejar de señalar en primer lugar, que coincidimos con las apreciaciones de la Sentencia de instancia en lo relativo a que el Tribunal puede examinar la alegación de falta de legitimación activa *ad causam*, aunque se hubiera planteado por por vez primera con ocasión del recurso de apelación e incluso si lo apreciáramos motu proprio.

En efecto, la STS de 2 de abril de 2014, interpretando el art. 10 LEC, recuerda que es "constante jurisprudencia (STS de 2 de abril de 2012, rec. 2203/2010, con cita de las SSTs de 30 de abril de 2012 y 9 de diciembre de 2010) (la que) viene considerando que la legitimación constituye un presupuesto procesal susceptible de examen previo al examen de fondo del asunto, de modo que la pretensión es inviable cuando quien la formula no pueda ser considerado "parte legítima". Tan es así que incluso puede apreciarse de oficio tanto en fase de recurso de apelación como de casación. Así lo reconoce la STS de 15 de noviembre de 2011 que además, con cita de las Sentencias 1275/2006 de 13 diciembre y de 7 de julio de 2004, añade que "es jurisprudencia reiterada la que permite apreciar de oficio la falta de legitimación activa incluso en casación (Sentencias de 4 de julio de 2001, 31 de diciembre de 2001, 15 de octubre de 2002, 10 de octubre de 2002 y 20 de octubre de 2002)".

Despejadas las dudas sobre la posibilidad de examen por este Tribunal de la excepción, y descendiendo al fondo del motivo, constatamos que la Sentencia analizó y rechazó la alegación de falta de legitimación activa del Sr. Julio porque aunque no aparecía en la factura de compra, el pago se había hecho por él mismo, aunque por cuenta de tercero lo que, de su punto de vista "no tiene mayor relevancia ya que ello puede deberse a que la factura se realice en nombre de la misma pero ello no atribuye la titularidad cuando tenemos un pagador que se identifica como comprador en la petición en firme".



Desde nuestro punto de vista, el argumento no es en absoluto sólido, y tanto menos sostenible a la vista de la documental obrante en autos.

La factura, como en general los documentos propios del tráfico mercantil, constituye un medio de prueba de los contratos mercantiles. La jurisprudencia ha insistido que la factura hace prueba contra el vendedor por el simple hecho de su expedición, extendiéndose sus efectos probatorios a todo el contenido del documento. Y le ha reconocido el efecto de hacer prueba plena en caso de reconocimiento.

En el caso que nos ocupa el análisis se ciñe a documentos presentados por el propio demandante. Y si bien es cierto la factura no acredita *per se* la titularidad del camión, si relacionamos la factura de compra con el resto de los aportados por el Sr. Julio, es dable concluir que difícilmente puede atribuirse la propiedad del camión en cuestión al demandante pues por más que el pedido se hiciera por él, no solo es que la factura de compra se expida a nombre de tercero, de D^a. Teodora, es que consta que el pago, aunque lo hace el demandante, lo realiza " *por cuenta*" de quien figura como adquirente en la factura que es la misma persona que factura luego la venta del camión, emitiéndola como vendedora.

Este conjunto de datos no se desvirtúa por el hecho de que el Sr. Julio aparezca en el "pedido en firme" como comprador, pues el acto posterior, la factura, se hace a nombre de D^a. Teodora sin que desde luego se haya aportado prueba alguna justificativa del porqué de tal circunstancia, ni tanto menos de la razón del pago por cuenta de la misma ni, en absoluto, de su no intervención en la venta que, a la postre, demuestra un poder de disposición sobre el camión, este sí, casi específico del propietario, todo lo cual -factura de compra, pago y venta- que nos permite concluir que quien compra en camión y dispone de él es D^a. Teodora y no D. Julio.

Por tanto, si quien está legitimado para el ejercicio de la acción de daños es quien padece el perjuicio, en este caso, por el pago de un sobrecoste, la conclusión no puede ser otra que la de afirmar que D. Julio carece de legitimación para promover una acción de restitución dado que no puede considerársele adquirente del mismo ni, de ninguna otra manera, perjudicado en el marco de la acción de daños deducida en la demanda dado que no hay dato alguno del que deducir que fue el demandante quien, por alguna razón económica o jurídica distinta a las acreditadas en autos, padeció el daño consistente en el pago de un sobreprecio.

Consecuentemente, estimamos el motivo y desestimamos las pretensiones deducidas en relación al camión matrícula-NBT, bastidor NUM000.

Régimen jurídico de las acciones follow-on. Aplicabilidad de la Directiva 2104/104/CE. Irretroactividad de dicha norma.

CUARTO.- Plantea el recurrente como segundo bloque de motivaciones de su recurso de apelación, un conjunto de alegaciones que dice referidas al orden material, aunque vinculados a las presunciones y normas sobre carga de la prueba aplicadas en la Sentencia de instancia, así como al régimen legal aplicable a las reclamaciones sobre daños consecutivos a una decisión de la Autoridad de competencia.

Denuncia en su primera alegación infracción legal por aplicación indebida al caso de la Directiva 2014/104/UE.

Alega que como se desprende de la propia Directiva -art 22.1-, dicha norma es inaplicable a infracciones anteriores a la entrada en vigor de la propia Directiva lo que excluye infracciones anteriores a la transposición de la Directiva. Y dado que en la Decisión se establece que la infracción duró desde el día 17 de enero de 1997 hasta el 18 de enero de 2011, queda constatado que la infracción terminó cuatro antes de la fecha de entrada en vigor de la Directiva y casi seis desde la expiración del plazo de transposición.

Ello no obstante la Sentencia ha considerado que sí se puede aplicar el criterio de la presunción del daño recogida en la Directiva desconociendo régimen transitorio en la norma de transposición -RDL 9/2017- que, siguiendo el art. 22.1 de la Directiva, donde se establece que " *las previsiones recogidas en el artículo tercero de este Real Decreto-Ley no se aplicarán con efecto retroactivo*", ha dado lugar a una extensa doctrina jurisprudencial -que cita- favorable a la conclusión de que las disposiciones sustantivas de la Directiva en general y de la presunción del daño en particular, no son aplicables al caso, lo que se abunda por el hecho de que ninguna interpretación de normativa española conforme a la normativa comunitaria puede tener efecto retroactivo y, tercero, porque las fuentes legales empleadas en la Sentencia del JM3 de Valencia para justificar dicha interpretación -a STJUE Cogeco- disponen lo contrario, excluyendo la posibilidad de que el art. 101 TFUE sirva para hacer una interpretación *contra legem* de la normativa nacional.

De lo anterior concluye el recurrente que no cabe aplicar la norma relativa a la presunción del daño ni, en general, el derecho español surgido conforme a dicha norma, que no es de aplicación al caso, siendo la fecha relevante en el caso para determinar la normativa aplicable la de los hechos que sirven de fundamento de la acción de responsabilidad, con el resultado de que la Directiva 2014/104 no puede ser temporalmente aplicable a hechos anteriores a su entrada en vigor tal y como, por otro lado, señala la jurisprudencia -que cita-.

Posición del Tribunal.

La problemática que se plantea en el motivo formulado es la relativa al derecho aplicable *ratio temporis* teniendo en cuenta que la Comisión adopta la Decisión AT3984-Camiones para sancionar conductas colusorias que concluyen en 2011, que es momento en el que el derecho de competencia nacional estaba en proceso de reforma por Directiva 2014/104. Y su relevancia deriva de la circunstancia que determinar uno u otro régimen jurídico, el de la aplicación la Directiva 2014/14 o no para el enjuiciamiento de hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor supone, sobretodo, afirmar o negar la posibilidad de aplicar la presunción del art. 76 LDC, que es transposición del art. 17.2 de la Directiva, y la facultad de estimación judicial del perjuicio, del art. 17.1 de la Directiva, recogida en el art. 17.2 de la norma nacional.

En efecto, la Decisión afecta a un cártel de camiones que se extiende entre el 17 de enero de 1997 al 18 de enero de 2011 siendo así que, primero, la Directiva entra en vigor el día 25 de diciembre de 2014 con una previsión de transposición hasta el 27 de diciembre de 2016, segundo, la declaración de infracción y su sanción tiene lugar el 19 de julio de 2016, publicándose el 6 de abril de 2017 y, tercero, en España la transposición tiene lugar por Real Decreto-Ley 9/17, de 26 de mayo, en vigor desde el 27 de mayo.

Para el análisis de la cuestión debemos tener en cuenta, expuestas las fechas, que la propia Directiva se reconoce irretroactiva en su contenido sustantivo -art 22.1-, estableciendo sin embargo un régimen transitorio para las normas procesales -art 22.2-.

Ello significa que, como ha venido señalando el TJUE -Sentencia 8 de octubre de 1987, asunto C-80/86- y el abogado general en sus conclusiones dadas en el asunto C-637/17, Cogeco ("*el principio de interpretación conforme únicamente rige en el ámbito de aplicación de la disposición del Derecho de la Unión de que se trate. En particular, en lo que se refiere a la Directiva 2014/104, esto significa que, en el presente caso, no existe obligación alguna de interpretación conforme con dicha norma, dado que los hechos del litigio principal, como se ha señalado anteriormente, están fuera del ámbito de aplicación temporal de dicha Directiva, tal y como lo define su artículo 22*"), que tras la entrada en vigor de una Directiva el derecho nacional debe interpretarse conforme a sus disposiciones, con los límites derivados de la seguridad jurídica y la irretroactividad, de modo tal que si una interpretación conforme debe atender a las normas concretas de cada Directiva cuya interpretación se realiza, debe incluirse también el mandato de irretroactividad como es el caso de la Directiva 2014/104.

Así lo expresa en todo caso con claridad la STJUE de 28 de marzo de 2019, asunto C-637/17, Cogeco, donde dando respuesta a una cuestión prejudicial afirma que "*habida cuenta de que el artículo 22, apartado 1, de la Directiva 2014/104 prohíbe la aplicación retroactiva de las disposiciones sustanciales del Derecho portugués adoptadas en aplicación del artículo 21 de esta, procede considerar que dicha Directiva, en cualquier caso, no es aplicable ratione temporis al litigio principal.*".

Consecuentemente, lo que debemos examinar son los presupuestos que determinan la aplicación de la Directiva, en modo tal que si la conclusión es que esos elementos están fuera del ámbito de aplicación temporal de la Directiva no será posible una interpretación conforme a dicha norma porque lo contrario vulnera la decisión legal de no retroactividad.

Para la parte recurrente es indudable que no esa de aplicación el régimen resultante de la Directiva porque concluyendo el cártel en 2011, antes de la propia Directiva, es evidente que el art. 22.1 de la citada norma -irretroactividad- lo impide. Pero aunque en su conclusión tiene razón el apelante, no es acertado desde nuestro punto de vista, el iter que le lleva a la misma pues no es la fecha de los hechos el elemento que debe determinar la inaplicabilidad de la Directiva sino la fecha de la Decisión, de julio de 2016, porque es en ese momento cuando nace la acción *follow-on* para los posibles perjudicados por la conducta anticompetitiva colusoria sancionada, siendo así que por lo que hace a la fecha de la Decisión que afecta a AB Volvo, ni había transcurrido el plazo de transposición ni, desde luego, había tenido lugar en España donde la transposición se produce en 2017 - Real Decreto-Ley 9/17, de 26 de mayo, en vigor el 27 de mayo-, con incorporación d el principio de irretroactividad de la norma -DT 1ª- que se extiende, a falta de excepción, también sobre el periodo de transposición.

Nos adherimos en consecuencia al criterio que viene siguiendo las Audiencias Provinciales que han examinado esta cuestión, manifestado entre otras en las Sentencias de Barcelona, Secc 15, de 17 de abril de 2020, de Valencia, Secc 9, de 16 de diciembre de 2019 o Pontevedra, Secc 1, de 29 de junio de 2020.

La conclusión a deducir de lo anterior no es otra que la de tener por régimen jurídico aplicable para el examen de la acción deducida el derecho anterior a la Directiva, lo que significa, como consecuencias más relevantes a la vista del contenido de la acción y la discusión jurídica planteada, y tal cual adelantábamos al inicio de nuestra exposición, la imposibilidad de aplicar la presunción del art. 76 LDC, que es transposición del art. 17.2 de la Directiva, y la facultad de estimación judicial del perjuicio, del art. 17.1 de la Directiva, recogida en el art. 17.2 de la norma nacional si bien, como tendremos oportunidad de explicar, ello no implica que conforme al



régimen general de la responsabilidad por daños derivados de la conducta anticompetitiva no pueda acudirse a presunciones ya aplicadas con anterioridad a las establecidas en la Directiva en tanto formaran parte del acervo normativo general y de la interpretación jurisprudencial, señaladamente por lo que diremos, la doctrina *ex re ipsa*.

Aplicación del art. 1902 CC. Planteamiento para el análisis de los presupuestos de las acciones deducidas.

QUINTO.- Se refiere seguidamente el recurrente en un conjunto de motivos, a la infracción legal por aplicación incorrecta del art. 1902 CC, analizando en su planteamiento sistemático, los presupuestos de la acción -conducta ilícita o antijurídica, daño y causalidad-.

Queremos indicar que desde nuestro punto de vista el planteamiento sistemático desde el que formula su examen el recurrente no es acertado porque al huir el recurrente de un examen integral de cada presupuesto, separando lo que califica de infracciones legales por el uso de presunciones sobre el daño y asunción de facultades sobre estimación del daño de las infracciones legales materiales, promueve una suerte de argumentos en el que se aíslan valoraciones que se presuponen en el examen del previo motivo de otros motivos que son base para alcanzar las conclusiones previas, todo lo que dificulta la fundamentación de este Tribunal si fuera su propósito ser estricto en el seguimiento del orden de los motivos formulados por el apelante porque le obligaría a formular argumentos hipotéticos o cautelares pendientes del examen del motivo posterior.

Así ocurre por ejemplo cuando analiza la relación de causalidad sustentando, entre otros factores, sus argumentos en la naturaleza de la infracción sancionada en la Decisión, que es cuestión que trata en un motivo posterior; o sobre el daño, su prueba y realidad.

Es por ello que con el fin de dar coherencia y sistematicidad a nuestra respuesta, reordenaremos los distintos motivos, examinando en primer lugar la conducta ilícita que fundamenta las acciones *follow-on* deducidas en la demanda, en segundo lugar lo relativo a la realidad del daño y en su relación, la aplicabilidad de criterios de presunción de su existencia para analizar seguidamente la relación causal existente entre la infracción y el daño y, finalmente, lo relativo a la cuantificación del daño y las distintas cuestiones que se formulan en relación a ello.

Conducta antijurídica del demandado. Análisis y alcance de la Decisión de 19 de julio de 2016, asunto T-39824-Camiones.

SEXTO.- La primera de las cuestiones o presupuesto de la acción de responsabilidad civil aquiliana -conducta ilícita- la examina la recurrente en su motivo décimo donde, en relación al contenido de la Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016, sostiene que la mera existencia de la Decisión no implica que la infracción sancionada haya tenido efectos en el mercado en general ni, tanto menos, que los demandantes hayan sufrido daños en concreto, no debiéndoseles por tal razón reconocer el derecho a una indemnización automática.

Señala al respecto que los intercambios de información como conducta prohibida por el objeto, de conformidad con el art. 101 TFUE, es un ilícito de peligro pues, como se desprende del citado artículo, para exista infracción debe existir o acuerdo o práctica concertada, examinándose los efectos de tales conductas únicamente cuando desde un punto de vista objetivo no existe suficiente afectación de la competencia, tratándose - STJUE de 4 de junio de 2009, asunto C-8/08- de criterios alternativos y no cumulativos. Y hay práctica concertada con un objeto contrario a la competencia, dice la STJUE *ut supra*, cuando por su contenido es apta para impedir, restringir o falsear la competencia dentro de un mercado de manera concreta, no siendo necesario, dice la STJUE que se impida, restrinja o falsee efectivamente la competencia ni que haya una relación directa entre la práctica concertada y los precios al consumo final, describiendo la misma desconexión entre las conductas prohibidas por el objeto y los efectos reales en el mercado la STS, Sala tercera, de 24 de octubre de 2018.

Sin duda hay una Decisión sancionatoria. Pero ni el programa de clemencia ni el acuerdo de finalización hacen más fácil o automático la reclamación de daños como pretende la actora. Y es que en la decisión la palabra *cártel* solo aparece en tres ocasiones a diferencia de otras Decisiones de la Comisión, lo que significa que la conducta sancionada no sea un *cártel* porque la Comisión no lo dice, siendo pacífico que si bien algunos intercambios de información se sancionan como *cártel*, no existe identidad entre ambos conceptos.

La Comisión dice además que en el mercado de camiones la demanda es cíclica al tratarse de bienes duraderos para uso profesional donde se opta a menudo en postponer la inversión de renovación de la flota en periodos de crisis compensándolo en las épocas de bonanza, dos que se trata de un producto heterogéneo porque los camiones no son un producto estándar sino personalizado al cliente, siendo un producto complejo en el que la fiabilidad de las prestaciones, el consumo, costes de mantenimiento y marca juegan un papel relevante en las



decisiones de los clientes y, tres, que existe desconexión entre los precios brutos y los netos ya que en estos se reflejan descuentos sustanciales sobre el precio de la lista bruta inicial.

Afirma el apelante que una lectura de la Decisión pone de relieve que lo que se sanciona en la Decisión es " *comentar precios, incrementos de precios y la introducción de nuevos estándares de emisión hasta 2004*", destacando que los hechos descritos en la Decisión consistieron principalmente en intercambios de información sobre precios y/o incrementos de precios brutos futuros, no hablando por tanto ni de fijar precios brutos ni tanto menos neto.

Por otro lado la Decisión expresa no haber analizado los efectos reales de la conducta en el mercado. Y dado que se trata de una sanción por objeto, en el sentido antes expresado, la Decisión no necesitaba establecer más que una capacidad de la conducta de restricción de la competencia y no la existencia de efectos reales restrictivos en el mercado, en modo tal que las manifestaciones de la Decisión deben ser entendidas, tras reconocerse como infracción por objeto, en el marco de un análisis de posibilidad de producir efectos y no de que realmente los tuviera, siendo de hecho posible una infracción del art. 101 TFUE que no tenga efectos en el mercado ni cause sobrecostes en la adquisición de los camiones, señalándose en este sentido en el informe pericial aportado por la actora, con referencia a un estudio externo, que la existencia de cárteles sin sobrecoste es un hecho contrastado y acreditado por la teoría económica, al igual que ha puesto de relieve la jurisprudencia alemana que cita y reproduce.

Posición del Tribunal.

No está desacertado el recurrente cuando plantea que a los efectos del art. 1902 CC, la responsabilidad que se exige por los demandantes a AB Volvo requiere de la acreditación de una conducta ilícita por contraria a la competencia causante de un daño. Explica ello que se afane, no tanto en negar la conducta ilícita -lo que resultaría inútil e inoperante dado el tenor del art. 16.1 del Reglamento (CE) 1/2003- como en ahondar en su naturaleza para conseguir desligarla del daño reclamado. Hay por tanto en el motivo que analizamos un hilo común destinado a generar un argumento clave que actúe contra la apreciación del daño a partir de la Decisión en sí misma.

Pero yerra desde nuestro punto de vista pues, aunque arranca su análisis de una caracterización de la Decisión que no está en la discusión, que se trata de un modelo de sanción por objeto y no por efecto del art. 101 TFUE y cuyas diferencias están ya descritas tanto en la jurisprudencia del TJUE -que cita el recurrente- como del TS - STS de 6 de noviembre de 2013, lo que no podemos compartir la descripción que hace el recurrente de tal caracterización para describir la infracción por objeto como un mero ilícito de peligro, que se define en abstracto, como de su negación de la existencia de un cártel, tanto más cuando es evidente que el efecto de lo primero está pretendidamente destinado a alejar la causalidad entre la decisión y el daño y, lo segundo, a dificultar la presunción del daño.

Y no podemos aceptar que la Decisión sancione solo un mero ilícito de peligro porque la Decisión castiga una conducta que es mucho más que un ilícito de peligro como se desprende de la STJUE de 4 de junio de 2009, asunto C-8/08 (citada por el apelante), que señala que para que haya infracción por objeto ha de tratarse de una conducta " *concretamente apta, teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se inscribe, para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado común*" -apart 31-, lo que implica que la sanción debe producirse en relación a una conducta en sí misma anticompetitiva, sin perjuicio de sus efectos y alcance para, añade la Sentencia en el mismo apartado, " *calcular el importe de las multas y los derechos de indemnización por daños y perjuicios*".

Dicho de otro modo, conforme resulta de la doctrina jurisprudencial expuesta cuando hay un hacer por sujetos del mercado que consuman en una conducta que es contraria a la competencia en el mercado del que son operadores se sanciona porque, efectivamente, la impiden, la restringen o la falsean, no porque la puedan impedir, restringir o falsear, mera posibilidad que no bastaría para la sanción sin un análisis, aquí sí, de si la conducta produce efectos anticompetitivos concretos. Retomando de nuevo las palabras de la STJUE *ut supra*, hay infracción por objeto porque " *determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia*".

Respecto de la sanción por cártel, ninguna duda tenemos que en efecto ese es el objeto de la sanción. Hubo cártel porque, como dice la Decisión, la infracción consistió en acuerdos colusorios, desprendiéndose del análisis de la misma -con referencia al resumen publicado en fecha 6 de abril de 2017- que se sancionan conductas que consistieron en la coordinación de los precios de fábrica, el retraso en la introducción de las nuevas tecnologías de emisiones exigidas por los estándares Euro 3 a Euro 6 y la repercusión a los clientes de los costes derivados de la introducción de dicha tecnología, detallándose en la versión provisional no confidencial de la Decisión el funcionamiento interno del cártel al tiempo que especifica y concretan conductas relevantes tales como que debatían sobre los precios de fábrica actuales y futuros, llegando en algunos casos



a acordar sus respectivos incrementos de precios, intercambiándose tanto listados de precios de fábrica como otra información comercialmente sensible, todo ello con la finalidad de alinear los precios de fábrica a nivel europeo, conocimiento de informaciones que según la decisión, fue la que permitió a cada una de las fabricantes incluso calcular el precio neto aproximado de sus competidoras, confirmando, además, que cada una de las fabricantes aplicaba en todo el Espacio Económico Europeo un mismo listado de precios de fábrica armonizados.

Así descrita y comprendida la Decisión y la conducta ilícita de Volvo AB, examinaremos, continuando el análisis de la acción deducida en la demanda, si dicha conducta ha podido producir efectivamente daños en la adquisición de los camiones por los demandantes consistentes en un sobre coste del precio de adquisición o, lo que es lo mismo, si se deben tener por probados daños derivados -causalidad- de la conducta ilícita de Volvo descrita en la Decisión.

Daños y causalidad. Presunción. Aplicabilidad de la regla ex re ipsa. Justificación.

SÉPTIMO.- A la existencia del daño y su causalidad con la conducta sancionada por la Comisión dedica el recurrente diversos de sus motivos (sexto, séptimo, octavo, undécimo, duodécimo, décimotercero, décimocuarto y décimoquinto) que agruparemos en dos bloques, uno primero relativo a los criterios aplicables en la constatación de los daños y causalidad con la conducta ilícita y uno segundo sobre la proyección de aquellos criterios para determinar la realidad del daño y su cuantía (prueba, método y cuantía) en el caso, valorando en especial la prueba pericial practicada sobre si es posible determinar que en efecto Volvo ha generado con su conducta ilícita un sobrecoste a los demandantes en la adquisición de los camiones que deba ser resarcido y el importe del mismo.

Pues bien, en cuanto a lo primero, y una vez constatado que no es de aplicación la Directiva ni por tanto el art. 76 LCD, trata el recurrente de desvirtuar de la Sentencia de instancia, la existencia de prueba de daños y su relación causal con la Decisión sancionatoria.

En cuanto al daño (motivo sexto) afirma que no se puede aplicar la doctrina *ex re ipsa* para afirmar la realidad del mismo y que en el caso, del análisis econométrico de los Sres Ángel y Augusto se constata la inexistencia del daño.

Parte para ello de cuestionar la aplicabilidad de la tesis *ex re ipsa* porque como pone de relieve la doctrina que cita, la jurisprudencia afirma mayoritariamente que el simple incumplimiento no equivale al daño, no habiéndola aplicado ni si quiera de forma general en los ámbitos en los que de ordinario se citan como sede propia de esta doctrina, responsabilidad contractual, infracciones de propiedad industrial y competencia desleal y supuestos de responsabilidad extracontractual - citando al efecto abundante jurisprudencia-, de lo que se deduce que dado que la Decisión, que expresa no haber considerado los efectos reales de la conducta sancionada en el mercado analizado, no permite establecer la existencia de daños de forma incontrovertible o evidente, impidiendo por ello la aplicación de la regla *ex re ipsa*.

Y en cuanto a la causalidad (motivos séptimo y undécimo), niega igualmente la existencia de una presunción que ampare su afirmación y en todo caso, que exista entre la concreta conducta sancionada a Volvo y el supuesto sobrepeso.

Afirma que como se desprende de la doctrina del TJUE, no es posible establecer ni presumir una relación de causalidad entre el hecho y el daño - STJUE 6 de noviembre de 2012, asunto C-199/11-, exigiéndose a la parte acreditar que el perjuicio sufrido ha sido causado por la conducta infractora. Y si se entiende que hay causalidad cuando el daño no hubiera ocurrido de no haberse realizado la conducta del demandado, difuminándose la frontera entre la causalidad y el daño, no puede sostenerse que en el caso, en el que la conducta es de intercambio de información, sea capaz de producir un daño consistente en un sobrecoste a la vista de las características del propio mercado y tanto menos cuando, como establece la Decisión, se trata de una infracción por objeto en la que no se ha analizado sus efectos en el mercado.

Es por ello que argumenta el recurrente que, primero, es el demandante quien tiene la carga de probar la relación causal, segundo, que en este caso el daño forma parte de la relación de causalidad porque en este tipo de daños parten de una cierta artificiosidad en su existencia, en especial en los supuestos de intercambio de información donde no es posible establecer qué hubiera pasado en el mercado de no haber existido tal intercambio y, tercero, porque el principio general es la existencia de un daño real y efectivo, no estando amparados ni los "sueños de ganancia" ni la sobrecompensación, prohibida en los art. 3.3 y 12.2 de la Directiva 104/2014 y art. 72.3 LDC.

Los intercambios de información, reitera, no siempre tienen porqué resultar perjudiciales para los consumidores y el mercado. En este sentido se pronuncia la STJUE de 28 de mayo de 1998, asunto C-7/95, pronunciamiento que es ajustado con las Directrices de aplicación del art. 101 TFUE a los acuerdos



horizontales en las que en su capítulo 2, dedicado a los intercambios de información, afirma que los efectos de estas conductas deben analizarse individualmente comparando con la situación que se generaría sin tal intercambio de información. Y en el caso no se ha practicado prueba ni argumentado para establecer la necesaria relación causal en el caso, habiéndose limitado la Sentencia a darla por establecida a resultas de la Decisión cuando, en este caso, el demandado acredita la inexistencia de relación causal destruyendo en todo caso la presunción que sería *iuris tantum*.

En efecto, las razones por las que entiende el recurrente que no es posible establecer en el supuesto objeto de litigio, la relación causal entre el aumento del precio y los intercambios de información en general son las siguientes.

En primer lugar por las características del mercado de camiones que es ya por sí, altamente transparente, lo que hace extremadamente difícil la posibilidad de que existan sobrepuestos por intercambios de información -punto 29 Decisión-, donde la heterogeneidad de los camiones hace que la existencia de colusión en los precios sea mucho más difícil de alcanzar y menos aún en el marco de intercambio de información -punto 26 Decisión y página 12 informe del perito de la actora, Sr. Martin -, mercado caracterizado además por la inestabilidad de la demanda que complica igualmente la colusión, menos aún en el marco de meros intercambios de información -página 13 informe pericial Sr. Martin y punto 26 Decisión-, mercado en el que los precios son fuertemente negociados entre las partes lo que el caso, con los elevados descuentos a concesionarios y márgenes altos, es dable descartar la existencia de una estrategia para la fijación de precios finales a los clientes -punto 27 Decisión-.

En segundo lugar por la importancia del mercado geográfico, habiéndose omitido en la Sentencia de instancia que la Decisión no hace referencia a España o al mercado español y que las particularidades del caso hacen que no se pueda hablar propiamente de un mercado europeo sino de varios mercados locales, cada uno con sus propias características en los que los fabricantes han competido intensamente, todo lo cual acredita -entiende el recurrente- la inexistencia de sobrecostes, habiendo señalado el perito Sr. Ángel la relevancia de los mercados locales, como resulta del análisis de procedimientos sobre concentraciones donde también se pone de relieve la competitividad existente entre los fabricantes.

Concluye su exposición el apelante trayendo a colación el informe pericial de los Sres Ángel y Augusto de donde entiende que es posible deducir la inexistencia del sobrecoste en base a, primero, la desconexión entre los precios europeos y los precios locales, segundo, a los descuentos realizados en el precio de compra de camiones entre el fabricante y el concesionario, poniendo de relieve el informe pericial de la actora que en el caso del Sr. Julio los descuentos aplicados por el fabricante sobre los precios brutos lo son por un porcentaje cercano al 36% y el margen de unos 10.000 euros obtenidos por el concesionario, elevándose estas cifras en el informe de AV Volvo al 42% y a los 10.500 euros y, tercero, por la acreditación en este proceso de la existencia de márgenes en la negociación entre el concesionario y el demandante para la adquisición de los camiones, márgenes que acreditarían la existencia de una negociación independiente del fabricante que demuestra la imposibilidad de que existan sobrecostes cuando terceros ajenos a la conducta sancionada -concesionarios- intervienen en la negociación de los precios.

Posición del Tribunal.

Del análisis de la Decisión (FJ sexto) hemos concluido que fue una conducta cartelaria y no un simple intercambio de información la que fue sancionada por la Comisión Europea. En consecuencia, y partiendo de tal afirmación, entendemos que la cuestión que se desprende de las motivaciones de la recurrente lo es sobre si tal conducta ha producido daños por generar un sobrecoste a sus clientes, en este caso a los demandantes.

Es cierto que probar el daño constituye una exigencia procesal que impetra afectado por una conducta ilícita, de modo tal que es sobre él en quien recae la carga de probar los daños cuya reparación exige -art 217-2 LEC-. Pero también lo es que la naturaleza de la conducta infractora puede implicar que la lesión tenga carácter dañoso, es decir, que se produzca *ex re ipsa*, en palabras del Tribunal Supremo, que se trate de una situación que "habla la cosa misma" (*ex re ipsa*) de modo que no hace falta prueba porque la realidad actúa incontestablemente por ella (STS de 17 de julio de 2008)

En tales casos, y traído el supuesto que nos ocupa, no sería preciso ni invocar el art. 17.2 de la Directiva ni su transunto art 76.3 LCD "Se presumirá que las infracciones calificadas como *cártel* causan daños y perjuicios, salvo prueba en contrario", para poder concluir, si resultara procedente, con la presunción del daño a partir de la infracción objeto de sanción y fundamento de las acciones *follow-on* deducidas en la demanda pues la facultad deductiva que se desprende de la doctrina *ex re ipsa* informa el régimen jurídico aplicable al art. 1902 CC al margen de los principios de la Directiva y que cabe abundar tanto más en sede de resultados de la infracción de normas de defensa de la competencia teniendo en cuenta que, primero, está reconocido en la jurisprudencia del TJUE anterior a la Directiva el derecho de cualquier persona perjudicada por una infracción del art. 101



TFUE a ser reparada - Sentencia de 20 de septiembre 2001, asunto C-453/99, Courage, y Sentencia de 13 de julio de 2006, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, Manfredi- y, segundo, exigido que ese derecho a la reparación le sea garantizado con una regulación que no haga excesivamente difícil o imposible en la práctica el ejercicio del mismo (principio de efectividad) -STJUE *ut supra*-.

Por tanto, es el examen las circunstancias propias de la infracción del caso en particular las que justifican aproximarse o no a esta regla excepcional en tanto sea factible o no inferir el daño de la incidencia que, atendidas las circunstancias del caso, tiene la infracción sobre la esfera patrimonial del demandante.

Pues bien, en el caso que nos ocupa el punto de partida ha de ser, como se ha indicado, que la Decisión funda su sanción en el acuerdo de los fabricantes para retrasar la introducción de los estándares Euro 3 a 6 hasta la fecha en la que ésta devenía obligatoria al tiempo que pactaban la horquilla de incrementos que se aplicarían sobre el precio de los camiones que contasen con la nueva tecnología que duró catorce años en los cuales los fabricantes, AB Volvo entre ellos, se intercambiaron información sensible para la comercialización de determinados vehículos (camiones medios y pesados, rígidos y cabezas tractoras), acordando colusoriamente lo relativo a precios brutos y sus subidas y sobre el calendario y los costes de implantación en los camiones de las tecnologías de control de emisiones contaminantes exigidas por las normas UE.

Para una mejor valoración de esta conducta no podemos dejar de traer a colación la Decisión Scania por el índice de su detalle.

Nos referimos en concreto a la Decisión de la Comisión Europea de 27/9/17 sobre la participación de diversas entidades del grupo Scania (Scania AB (publ), Scania CV AB (publ) y Scania Deutschland GmbH) en el cártel de los fabricantes de camiones -publicada en el DOUE el día 30 de junio de 2020- en la que se sanciona a estos fabricantes separadamente del caso de Volvo. Y es una Decisión relevante y de oportuna cita porque sanciona a un fabricante partícipe del mismo cártel que el que se sanciona en la Decisión de 2016, donde es partícipe Volvo que tiene su origen en la posición adoptada en su día por Scania pues mientras que los sancionados en primer lugar se aquietaron al pliego de cargos de la Comisión, dando lugar a la Decisión de julio de 2016, Scania se opuso a dicha acusación, habiendo dado lugar a esta nueva Decisión que es idéntica en su contenido a la primera pero que se acompaña de una versión provisional no confidencial de la decisión -solo en versión inglesa- mucho más descriptiva y que pone de relieve que la colusión tuvo lugar a través de intercambios de información sobre los aspectos ya descritos que, dice la Comisión, eliminaba la incertidumbre en el mercado.

Información sobre los precios y sus subidas y el lanzamiento de los modelos requeridos por la legislación europea en materia de control de emisiones (y su coste adicional) que a la postre implica una coordinación anticompetitiva en el mercado en perjuicio de los adquirentes finales de los vehículos, siendo relevante señalar que la Comisión rechaza las alegaciones de Scania de que se tratase de meros intercambios de información eficientes y que fueran inocuos para la competencia, afirmaciones relevantes en el caso que nos ocupa porque, insistimos, se trata del mismo cártel y de la misma conducta por la que es sancionado Volvo que sí se aquietó a la acusación de la Comisión para beneficiarse en la sanción.

Hubo por tanto en la conducta de la demandada una actuación no solo anticompetitiva sino claramente perjudicial para la competencia y desde tal afirmación, sostener que hubo daño para los adquirentes de ese mercado deviene, desde nuestro punto de vista, consustancial a dicha conducta si tenemos en cuenta que hubo acuerdos de incrementos de precios brutos.

Es más, el análisis que de la versión provisional no confidencial de la Decisión hace en un estudio reciente el profesor Pedro Jesús , publicado en Almacén de Derecho el 25 de septiembre de 2020 con el título "La Decisión Scania sobre el cártel de los fabricantes de camiones: la infracción y sus efectos", pone de relieve que en la misma se aporta información más concreta sobre el alcance de la subida de precios que de nuevo, queremos insistir es oportuna en el análisis de la conducta de Volvo porque como también pone de relieve el profesor Pedro Jesús , aunque la Decisión lo es en relación a Scania, las referencias se hacen " *en un contexto en el que resulta claro que los competidores también hacían lo mismo*".

Pues bien, lo que extracta de la versión provisional -y que aquí es de interés- es el proceso colusivo de subidas de precios. Dice en concreto que " *casí todos los años que duró la colusión los precios subieron de manera significativa. Los porcentajes hablan por sí solos y proporcionan pistas de la trascendencia de los incrementos, que irían acumulándose año a año, pues se refieren sucesivamente a varios ejercicios. Aún así, son varias las referencias que parecen comprender subidas en los precios de todos los productos (un 3% en 2004; un 5% en 2005 con la introducción del EURO4; en 2008 un 3% para los modelos básicos y un 5% para los extras; un 2,5% en 2009). Luego, de manera desordenada y sin identificar la gama de productos y mercados afectados, en más de una docena de ocasiones se habla de subidas anuales en el entorno del 2%, pero también hay una decena de ellas -esta vez, aparentemente, para modelos concretos -cuya identificación se omite- superiores (del 3%, 4%, 5%, 6%, 8%, 9% y de hasta el 10%). Finalmente, aunque casi todas las referencias a las alzas de precios se expresan*



en términos porcentuales, en ocasiones la magnitud de las subidas se expresa directamente en euros (en 2007, €1000 para la mayoría de los motores EURO4/5; entre €800 y 1.500 adicionales en 2010)."

Por tanto, si los fabricantes sancionados, Volvo incluida, vendían a precios excesivos que se incrementaban año tras año, es fácil inferir que los consumidores finales de tales productos han sufrido un perjuicio por la parte del precio pagado por la adquisición de esos productos por encima del precio competitivo. Y buena prueba de la razonabilidad de tal presunción son los contenidos y estudios que fundamentan la Guía de cuantificación de daños de la Comisión como seguidamente veremos.

En efecto, en dicho documento la Comisión tras afirmar -punto 127- que ejemplos típicos de infracciones que originan incrementos de precios son los cárteles de precios, acude en la justificación de tal afirmación a dos argumentos, a saber, primero, a un razonamiento subjetivo basado en la relación existente entre la entidad del riesgo asumido con la infracción y la finalidad del mismo (" *expone a los miembros del cártel al riesgo de ser descubiertos y, por tanto, objeto de una decisión por la que se declare una infracción y se impongan multas. El mero hecho de que las empresas participen, a pesar de todo, en tales actividades ilegales indica que esperan obtener substanciales beneficios de sus acciones, es decir, que el cártel produzca efectos en el mercado y por consiguiente, en sus clientes*" -punto 140-) y, segundo, a un razonamiento objetivado en un estudio empírico encargado por la Comisión sobre la existencia de efectos de coste excesivo y de su magnitud que concluye que " *en el 93% de todos los asuntos de cártel examinados, los cárteles ocasionan costes excesivos*" -puntos 141 y 142-, siendo coste excesivo medio observado en estos cárteles de aproximadamente un 20% -punto 143-, añadiendo que " *las conclusiones de este estudio concuerdan con las de otros estudios empíricos disponibles, en concreto en cuanto a que a) la gran mayoría de los cárteles dan lugar de hecho a costes excesivos, y b) la discrepancia en los costes excesivos observados es considerable*" -punto 144-.

La recurrente, bajo la crítica a lo resuelto sobre la relación causal entre la conducta de Volvo y el perjuicio que dicen haber padecido los demandantes, aporta diversas razones por las que entiende que no hay daño derivado de aquella conducta ni, en todo caso, razones para presumirlo.

Alude en primer lugar, con referencias tanto a la pericial propia como a la de las actoras, a las características del mercado que afirma, se reconoce transparente y por ello de difícil afectación sobre los costes por intercambios de información tanto más atendida la heterogeneidad de los camiones y la inestabilidad de la demanda que, afirma, complica igualmente la colusión, con la circunstancia de que en dicho mercado los precios son fuertemente negociados entre las partes, con los elevados descuentos a concesionarios y márgenes altos lo que, sostiene el recurrente, permite descartar la existencia de una estrategia para la fijación de precios finales a los clientes -punto 27 Decisión-.

Se refiere en segundo lugar, con las mismas referencias probatorias, a la importancia del mercado geográfico, criticando que la Sentencia de instancia haya omitido que la Decisión no hace referencia a España o al mercado español, así como sobre la inexistencia de un mercado europeo sino de varios mercados locales, cada uno con sus propias características en los que los fabricantes han competido intensamente, lo que acreditaría la inexistencia de sobrecostes.

Concluye su exposición trayendo a colación el informe pericial de los Sres Ángel y Augusto y el de la actora para, resumiendo los argumentos anteriores, concretar que conforme al informe pericial de la actora, en el caso del Sr. Julio los descuentos aplicados por el fabricante sobre los precios brutos lo fueron por un porcentaje cercano al 36% y el margen de unos 10.000 euros obtenidos por el concesionario, elevándose estas cifras en el informe de AV Volvo al 42% y a los 10.500 euros, acreditación de márgenes en la negociación entre el concesionario y el demandante para la adquisición de los camiones que demuestran, primero, la existencia de una negociación independiente del fabricante y, segundo, la imposibilidad de que existan sobrecostes cuando terceros ajenos a la conducta sancionada -concesionarios- intervienen en la negociación de los precios.

Desde nuestro punto de vista tales argumentos no desvirtúan la realidad del daño desde el momento en que resulta constatado, como hemos ya dicho, que estamos ante un cártel de precios en el que hubo acuerdos colusorios sobre fijación e incrementos de precios brutos para el conjunto del EEE quedando por tanto afecto, como es obvio, el mercado español, lo que cabe tanto más resaltar si tenemos en cuenta el carácter oligopolístico del mercado de camiones tal cual se desprende del dato dado en el punto 22 de la Decisión provisional no confidencial de Scania que afirma que los fabricantes sancionados tenían una cuota de mercado superior al 90%.

En este marco es sencillo comprender que sí es dable afirmar que los acuerdos sobre precios brutos se tradujeran luego en un sobrecoste al destinatario, tanto más cuando también hubo pactos sobre precios netos.

A ello se refiere la Comisión en la Decisión transaccional (según traducción de este Tribunal) donde tras señalar -punto 47- que " *al intercambiar precios brutos actuales y listas de precios brutos, combinados con otra*

información recopilada mediante inteligencia de mercado, los destinatarios pudieron calcular mejor los precios netos actuales aproximados de sus competidores, dependiendo de la calidad de la inteligencia de mercado a su disposición", dice en su punto 51 lo siguiente:

" Desde 1997 hasta finales de 2004, los destinatarios participaron en reuniones en las que participaron altos directivos de todas las sedes 17 (véase, por ejemplo, (52)). En estas reuniones, que se realizaron varias veces al año, los participantes discutieron y en algunos casos también acordaron sus respectivos incrementos de precios brutos. Antes de la introducción de listas de precios aplicables a nivel paneuropeo (EEE) (ver arriba en (28)), los participantes discutieron los aumentos de precios brutos, especificando la aplicación en todo el EEE, dividido por los principales mercados. Durante reuniones bilaterales adicionales en 1997 y 1998, además de las discusiones detalladas periódicas sobre futuros aumentos de los precios brutos, los destinatarios pertinentes intercambiaron información sobre la armonización de las listas de precios brutos para el EEE. Ocasionalmente, los participantes, incluidos los representantes de la Sede de todos los Destinatarios, también discutieron los precios netos para algunos países. También acordaron el momento de la introducción y el cargo adicional que se aplicará a la tecnología de emisiones que cumpla con los estándares de emisiones EURO. Además de los acuerdos sobre los niveles de los aumentos de precios, los participantes se informaron periódicamente entre sí de los aumentos de precios brutos previstos."

Por otro lado, no podemos dejar de traer a colación tampoco aquí que en la Decisión Scania se explica con más detalle el iter existente de los precios brutos de lista fijados por el fabricante hasta el que se paga por el adquirente final.

Explica que los precios brutos de lista los fijaba la central de cada fabricante señalando que aunque los precios netos de filial nacional de distribución variaban por país tras los descuentos otorgados por el fabricante, que no son los mismos en cada caso, éstos eran decididos por la central, siendo el precio bruto de la filial nacional de distribución el resultado de añadir el margen al precio neto de filial nacional. Los precios netos del concesionario local (minorista) pagados por los concesionarios a la filial nacional, eran el resultado de aplicar los descuentos al precio bruto de filial nacional. E indica finalmente que el precio de venta al comprador final era el precio neto del concesionario menos los descuentos y promociones y más los márgenes y otros costes. Y aunque este último estaba sujeto a la negociación con cada cliente, que puede verse afectada por infinidad de factores, lo que se afirma por la Comisión que los descuentos al comprador final podían ser mínimos (punto 48 *in fine* de la Decisión Scania).

Es evidente por tanto que las operaciones sobre los precios brutos, sin perjuicio de los descuentos y márgenes que los concesionarios pudieran tener en el marco de capacidad de negociación, conllevaban por efecto de los acuerdos infractores que la negociación tuviera lugar sobre márgenes que partían de un precio más elevado que los que precedían al acuerdo, pues en absoluto es lógico presumir que un incremento en el precio bruto no tiene un fin reflejo en el precio neto a salvo pérdidas del concesionario lo que, desde luego, no podemos aceptar por contrariar la normalidad del mercado.

Partiendo por tanto de que la conducta colusoria de Volvo implicó por la naturaleza de los hechos que la conforman un daño consistente en la causación de un sobrecoste a los adquirentes de los camiones en el periodo de la infracción, no podemos menos que tener por probado el daño sin que sea preciso un pronunciamiento explícito sobre la causalidad pues ésta queda configurada por la naturaleza del proceso de inferencia del daño ya explicitado.

Examinaremos seguidamente el cuestionamiento sobre la cuantificación de los daños y, por tanto, el alcance y valor de los informes periciales presentados por la actora y la demandada.

Cuantificación del daño. Crítica de la prueba pericial. Valoración.

OCTAVO.- Cuestiona en los motivos duodécimo y siguientes el recurrente lo relativo a la cuantificación del daño.

Dos bloques argumentales desarrolla el recurrente en estos motivos, unos, sobre la crítica a los informes periciales y otros, sobre la crítica a la cuantificación fijada en la instancia sobre la base del ejercicio de la facultad irrogada por el Juez para estimar los daños.

En relación a los informes periciales, los argumentos del recurrente son en síntesis los siguientes.

Tras reiterar que no siendo retroactiva la Directiva no cabe el ejercicio de la facultad contemplada en el art 76 LCD para la fijación del precio y que en todo caso - véase motivo octavo-, dada la inactividad probatoria de la parte demandante, ni cumple con la carga que le impone el art. 76.1 LCD ni acredita la imposibilidad o extrema dificultad de la cuantificación de los daños con precisión con arreglo a las pruebas disponibles atendido que la LCD establecen un acceso a fuentes de prueba que hubieran permitido a los demandantes acceder a la



información precisa para calcular los daños justificaría bajo el régimen de la Directiva su aplicación, analiza la valoración que la Sentencia hace del informe pericial aportado por su parte.

Afirma que el informe pericial de su parte lleva a cabo una comparación diacrónica temporal para comparar cuantitativamente la hipótesis de si cabe apreciar sobrecoste en el precio pagado por los demandantes al adquirir los camiones por efecto de la infracción, comparación que se extendió a 21.519 transacciones comprendidas entre el día 1 de enero de 2003 y diciembre de 2016, alcanzando como conclusiones que, primero, la infracción no tuvo efectos porque la diferencia de precios no es significativa y, segundo, porque la evolución de los precios netos se explica por las variables del coste y demanda. Y critica la valoración de la prueba pericial en la Sentencia de instancia porque, primero, no es cierto que se niegue la existencia de la infracción y, segundo, porque no es cierto que se limite a la crítica al informe del perito de la actora sino que lleva a cabo -Parte III- un método razonable para el cálculo de los daños causados a los demandantes consistente en estimar qué habría ocurrido de no haberse llevado a cabo la práctica restrictiva, examinando el periodo inmediatamente anterior, llevando a cabo un análisis de las características del mercado y los precios en transacciones comparables en el periodo 2003-2016 para examinar las variaciones de los precios, aplicándose un método aceptado en la STS en el caso del azúcar -7 de diciembre de 2013-, aportándose aquí un informe similar al que se presentó en aquel procedimiento.

Que los peritos señalaron en juicio la relevancia que las variables del camión (modelo, chasis, potencia y ejes) podían tener en el precio, no habiendo nada en la Guía que permita considerar que la validez de un informe pericial dependa de que se apliquen todos los métodos previstos en la misma, sino que indica que se debe elegir el más adecuado y el aplicado, es el más habitual.

Por lo demás, insiste en que el examen econométrico permite verificar si la evolución de precios permite identificar un incremento y atribuirlo a una infracción de competencia, habiéndose explicado por los peritos en el acto del juicio porqué el control del coste de fabricación junto con otras cuatro variables permite hacer una comparativa ajustada a las reglas de la Guía.

A la crítica de la Sentencia sobre el periodo temporal considerado apunta que ha de tenerse en cuenta que no se dispone de información suficiente anterior al 1 de enero de 2003 pero, primero, la validez del análisis econométrico no depende de la existencia de datos, segundo, respecto del periodo anterior el perito señaló que el periodo considerado no invalida las conclusiones porque durante la primera parte de la infracción las condiciones de demanda fueron muy parecidas a las que se produjeron entre 2003 a 2007, cambiando luego con a crisis y, tercero, respecto del periodo posterior, la Decisión afirma que la infracción concluye en enero de 2011 y el acto del juicio el perito indicó que otras decisiones posteriores de la Comisión en expedientes por concentración, analizaron el mercado en septiembre expresando que era un mercado muy competitivo.

En todo caso, añade el recurrente, que la Sentencia critique se no se hubiera considerado un periodo temporal más extenso que los cinco años posteriores a la fecha de finalización de la conducta, es un argumento -dice el recurrente- que se aparta de la Decisión y de su carácter vinculante, constituyendo un argumento arbitrario y contradictorio.

Y con respecto de la pericial de la actora, comparte lógicamente los reproches que le hace la Sentencia entendiendo además que ha quedado acreditado que no había dificultad probatoria pues el perito de la actora disponía de datos -facturas de más de 6.000 clientes- e información sobre compras de camiones con una base de 1.500 clientes que le permitía hacer una comparativa, siguiendo una técnica sencilla reconocida en la Guía que, según dijo en juicio el perito de la actora, sí hizo pero no incluyó en el informe.

Posición del Tribunal.

Es evidente que la fijación del daño con certeza en esta materia resulta extraordinariamente complejo, cuando no imposible o casi, aun adoptando métodos de trabajo aceptables por la ciencia económica y conforme a los parámetros de la Guía.

Precisamente este documento es claro en la expresión de las dificultades que presenta la cuantificación del daño causado por una conducta anticompetitiva como el caso del cártel de precios que produce un sobre coste.

Apunta al respecto que aunque la cuestión clave en la cuantificación de los daños y perjuicios por infracciones anticompetitivas está en determinar qué habría ocurrido probablemente sin la infracción, es lo cierto que esta situación hipotética no puede observarse de ordinario directamente, siendo necesario algún tipo de estimación para construir un escenario de referencia -escenario sin infracción- con el que comparar la situación real -punto 12-, lo que en el caso de un cártel que dé lugar a precios más elevados para sus clientes exige estimar un precio sin la infracción para establecer un punto de comparación con el precio realmente pagado por dichos clientes -punto 15-. Pero -añade- como es imposible saber con certeza cómo habría evolucionado exactamente un



mercado sin infracción porque los precios, los volúmenes de ventas y los márgenes de beneficios dependen de factores e interacciones complejos, también estratégicos entre los participantes en el mercado, que lleva a que la estimación del hipotético escenario sin infracción haya de basarse en una serie de supuestos que deriva en una limitación intrínseca del método a la que se suma la indisponibilidad o inaccesibilidad de los datos -punto 16-, haciendo todo ello preciso derivar a un escenario sin infracción que se base en distintos supuestos para generar, a la postre, una hipótesis, todo lo cual justifica que el Tribunal de Justicia entienda que deba reconocerse al Juez un margen de apreciación considerable - Sentencia de 27 de enero de 2000, asuntos acumulados C-104/89 y C-37/90-, razonamiento que justifica, dado el reconocimiento del derecho a la reparación en el derecho europeo primario y, por proyección, del principio de efectividad ya definido con anterioridad (que derecho a la reparación quede garantizado con una regulación que no haga excesivamente difícil o imposible en la práctica el ejercicio del mismo) el que no sea preciso acudir a la Directiva, que no es de aplicación al caso, para justificar la aplicación de la facultad de la estimación judicial del daño en el marco de los principios de la justicia rogada y el principio dispositivo.

En el caso que nos ocupa se han aportado dos informes periciales. En ambos, a la hora de cuantificar el daño, se optado por el método econométrico o de relación entre dos variables, un escenario sin infracción frente al escenario con infracción, siguiendo el modelo de comparación en el mismo mercado que la Guía denomina de comparación diacrónica. Pero ninguna es aceptable porque en absoluto presentan datos ni presentan muestras de mercado fiables.

El de la actora porque, primero, no deja claro qué método utiliza -rechaza explícitamente el diacrónico y el de la comparativa con otros mercados geográficos- y segundo, se sustenta en estudios terceros -en particular un artículo de F Smuda de 2013- que le sirven para fijar un sobreprecio que apunta en el 20,7% a pesar de que el estudio presenta márgenes inauditos que van desde el 0% al 80%, se basa en un estudio limitado en su número y respecto de cárteles hasta 2009, no aportando desde luego dato o información alguna desde la que concluir que, respecto del sobre coste que imputa a la implantación de la tecnología de emisión Euro, hubo en efecto una modificación en el precio. La crítica que se formula por la demandada es sin duda certera como lo es la de la Sentencia que dejan al descubierto las carencias que el mismo tiene, tanto en metodología como en información.

Pero tampoco el informe de la demandada, que aporta su propuesta de cuantificación en la parte III, de es aceptable porque ofrece resultados sobre la construcción de un modelo basado en periodos temporales que implica de hecho la inexistencia de un verdadero modelo diacrónico en cuanto solo ofrece datos desde enero de 2003 y por tanto, en un momento de plenitud de funcionamiento del cártel, no pudiendo a la postre ofrecer información sobre el momento anterior a 1997 porque, según se afirma, se carece de los datos precisos para ello, lo que en absoluto se compensa con la inclusión de un periodo post-colusión porque aunque es verdad que a pesar de que la sanción fije temporalmente de la infracción no por ello puede negarse que la misma no extienda sus efectos a un momento posterior, lo que es indudable es que resulta imposible detallar ese factor desde un punto de vista cuantitativo.

Resta por tanto examinar el bloque de argumentos relativos la cuantificación judicial, en cuyo marco examinaremos también, por venir referidos a esta cuestión, el recurso formulado por los demandantes.

Recurso de los demandantes. Importe de los daños. Crítica a la estimación judicial y a su fijación.

NOVENO.- Es en relación con la cuestión sobre cuantificación que entra en liza el recurso de las demandantes en el que, en sentido inverso a la propuesta de la demandada, se formula una crítica al importe indemnizatorio fijado en la Instancia en tanto reduce la propuesta formulada en el suplico de la demanda.

Como es de ver, los argumentos de las partes sobre esta cuestión colisionan frontalmente.

Y es que de un lado alegan la representación de Volvo que la Sentencia no expresa ni el punto de partida ni las circunstancias por las que fija unos daños del 10% y el 7% del precio de la compra. Y si lo fue el informe Oxera de 2009, que no fue aportado al procedimiento, recuerda que es cuestionado en la Guía por tener datos en parte sesgados para resolver una cuestión que exige, dice la Comisión, un análisis del caso concreto -puntos 145 y 168-, razones por las que no debería aceptarse su toma en consideración en tanto que se sostiene sobre una muestra limitada para ayudar y complementar los métodos y modelos de la guía, porque no hay norma legal que lo haga vinculante o de mayor valor probatorio que otros análisis o estudios, y porque resulta contradictorio con el hecho de que la Sentencia critique a los peritos de la demandada el uso de información ajena al caso.

Finaliza la demandada su planteamiento formulando una alegación subsidiaria en relación al cálculo hecho por la Sentencia, señalando que han sido calculados erróneamente porque, primero, no tiene sentido económico incluir en el precio el importe de IVA a efectos de calcular el sobre coste, que es impuesto neutro para los demandantes en tanto transportistas, como se demuestra teniendo en cuenta que en las demandas el cálculo



se hace sobre el precio sin IVA; segundo, porque el Sr. Julio es propietario de solo un camión; tercero, porque se ha acreditado el importe de los márgenes obtenidos por el concesionario -Provehima- en la venta de los camiones a los demandantes, de manera que la parte del precio que debería estar sujeta al cálculo del sobrecoste debería excluir la parte correspondiente al margen del concesionario, proponiendo finalmente una fórmula para el cálculo de la determinación del daño concreto señalando que hay que calcular el precio sin sobrecoste para restarlo del precio de compra y, cuarto, porque los demandantes no han pagado la totalidad del precio de los vehículos dado que entregaron en pago otros camiones de su propiedad, habiendo pagado el Sr. Julio 67.209,57 euros de 94.000 euros -sin IVA- por la entrega de un vehículo usado -según consta en la hoja de pedido- Scania valorado, sin IVA, valorado en 36.060,72 euros, abonando el Sr. Jesús 89.680 euros de un total de 110.920 euros por la entrega de un camión Scania valorado, sin IVA, en 18.000 euros.

Frente a estas alegaciones, critican en su recurso los demandantes las conclusiones valorativas de su informe hechas por el Tribunal de Instancia y la cuantificación que establece como daño por sobrecoste.

Afirman que la Sentencia al valorar el informe de las actoras desconoce que basa sus conclusiones en un método válido y objetivo, olvidando por lo demás que la demandada no ofrece alternativa y que los estudios señalados en la Guía ofrecen estimaciones de daño muy superiores a los que finalmente fija la Sentencia.

Así, por lo que hace al método, dice las apelantes que la validación metodológica en el uso de los estudios de economistas empleados -que refrenda la REFOR- responde a la falta de datos y estando perjudicados los demandantes por el pago de un sobrepago, el daño se ha de fijar atendiendo, de un lado, al sobrepago pagado de más, calculándose en un 20,70% y un 18,37% del precio de venta y, de otro, al coste o recargo de implementación de la normativa de nuevas emisiones fijándose en 400 euros por Euro III, de 3.492 euros por Euro IV y de 448,14 euros por Euro V por vehículo.

Subsidiariamente, y para el caso de que se optara por la facultad de ponderar el daño, en ningún caso la cuantificación podría ser la fijada en la Sentencia de instancia porque según el estudio Oxera, la media del sobrecoste en el caso de cárteles internacionales es del 26%, no habiendo razón para pensar que el cartel de Volvo se aleje de esa tasa, tanto más atendido el espacio geográfico, cuota de mercado y duración -14 años-, no habiéndose probado de contrario que los sobrecostes fueran inferiores a las cifras aportadas, razones por las que en su caso debería aplicarse un daño equivalente al 26% del precio del vehículo y, en su defecto, entre un 18% y 15%.

Posición del Tribunal.

Un recorrido por las referencias a los estudios que aportan los peritos demuestra las contradicciones que pueden deducirse de la forma en que se utilicen los datos y las conclusiones. Por ello entendemos más fiable la información que resulta del informe Oxera al que se remite la Guía -estudio *Quantifying antitrust damages* de 2009- porque aunque advierte que hay que "llevar cuidado al interpretar los resultados" porque los estudios prestan más atención a los cárteles que tienen efectos sobre el mercado que a aquellos que no lo tienen, "lo que puede dar cierto sesgo a los resultados" -nota 118-, no deja de afirmar que el estudio "ofrece información útil sobre los efectos de los cárteles" -punto 141 *in fine*-, ofreciendo conclusiones que coinciden con otros estudios en cuanto a que en su mayoría los cárteles dan lugar a costes excesivos y a que la discrepancia en los costes excesivos es considerable -punto 144-, aunque, dice la Comisión, todos "llegan esencialmente a una estimación similar de la magnitud del promedio del coste excesivo", se que se fija en aproximadamente el 20%.

En este estado de cosas, y sabiendo que más allá de una media lo propio en derecho de daños es la individualización del perjuicio en el caso concreto, a la vista de las dificultades de soslayar la falta de información certera no podemos criticar el ejercicio que el Tribunal de Instancia hace de la facultad de estimación del daño, tanto más cuando la falta de prueba es tan evidente como resulta del hecho de que el propio fabricante se reconozca incapaz de suministrar datos de su propio mercado, de sus productos, antes de 2003, dificultad si cabe mayor todavía desde la perspectiva de los demandantes, persona físicas, a los que cabe suponer si cabe más dificultosa la disposición de información no obstante lo cual, tanto la parte actora como la demandada han hecho sin duda un esfuerzo notorio en presentar un informe pericial complejo que en origen ya resultaba probablemente incapaz de aportar unas conclusiones que fueran aceptables, no pudiendo aceptarse el reproche que la Sentencia hace al informe de los demandados sobre la falta de valoración cuando en realidad, sí lo hace aunque para llegar a la conclusión de que no hay daño, en esencia, por desconexión entre el precio bruto y el precio final al anteponerse entre ambos un mercado en el que descuentos y márgenes son lo suficientemente amplios y variables por mercados regionales como para desvirtuar tal conexión.

Es por ello que nos parece razonable estimar que el perjuicio debe situarse (y con ello nos separamos de la posición mayoritaria de otros Tribunales que han conocido de esta cuestión - SAP Valencia, secc 9 de 18 de febrero de 2020 y de 29 de junio de 2020, SAP Pontevedra, secc 1ª, de 28 de febrero de 2020 y de 29 de junio de 2020, o SAP Barcelona, secc 15ª, de 17 de abril de 2020) en un 10% atendidos los parámetros del estudio



Oxera, la duración de la infracción -catorce años-, la naturaleza de la infracción y su incidencia sobre los precios como resulta de la descripción de la evolución de esa subida de precios en relación al cártel del que formaba parte AB Volvo y que se detalla en la Decisión Scania y, finalmente, así como que la adquisición se hace en un momento en el que está ya plenamente consolidado el cártel.

Rechazamos desde luego diferenciar porcentajes de sobrecoste en atención a la fecha de compra dado que carecemos de información que lo justifique, a salvo del hecho objetivo que las dos fechas de adquisición de los camiones, 2007 y 2010, están en plena fase de conducta colusiva, tasa de perjuicio que deben entenderse, por lo demás, que engloba la totalidad del sobrecoste padecido por los demandantes por efecto de la cartelización de Volvo, es decir, tanto por la incidencia sobre los precios brutos/netos como por razón de la incorporación de los mecanismos sobre emisiones.

Rechazamos igualmente considerar que haya repercusión a valorar en el hecho de que el pago se hiciera, en parte, en especie, con entrega de otro vehículo, pues lo relevante de dicha operación es el valor dado al mismo y su equivalencia para el pago del precio final que es el satisfecho en su integridad aunque se abonara en parte en dinero, en parte en especie que no es sino una forma de pago tan económica y evaluable como la monetaria.

Respecto de la petición de que la tasa debe aplicarse para fijar el sobrecoste sobre el precio final sin IVA, entendemos que en efecto es así en este caso dado que la conducta anticompetitiva solo recae sobre el precio del producto y no sobre las cargas impositivas, dándose la circunstancia que atendido el fin empresarial del camión, la ley autoriza que el IVA repercutido en la compra de un vehículo destinado al transporte de mercancías pueda ser deducido en el 100%, con lo que el resultado del sobrecoste no se traslada al impuesto como ocurriría sin embargo de no ser de aplicación tal exención tributaria.

Por lo demás, no podemos aceptar la fórmula propuesta por el demandado porque se sustenta en un dato que no se dispone, el precio sin sobrecoste que solo por vía de estimación, es posible determinar.

En conclusión, se estima en parte tanto el motivo formulado por la apelante demandada como el el recurso de las actoras.

La defensa del passing-on.

DÉCIMO.- Se refiere en un motivo especialmente breve el recurrente -décimocuarto- a la defensa por *passing-on*.

Señala al respecto que, aunque nada dice la Sentencia sobre la prueba del *passing-on* o de traslación del daño a terceros, atendido el contenido del informe pericial, conforme al cual, incorporados los camiones al inmovilizado de la compañía, la evolución de los ingresos de la explotación habría prueba de la inexistencia de detrimento patrimonial alguno a resultas del sobrecoste y por tanto, de daños, lo que debería conllevar a la desestimación de la demanda.

Posición del Tribunal.

La defensa del *passing-on* está admitida por el Tribunal Supremo. A ello se ha referido de manera detallada en la STS 651/13 de 7 de noviembre -Azúcar- donde, tras señalar que esta defensa está admitida en "los trabajos realizados en la Unión Europea (Libro verde, Libro blanco y propuesta de Directiva)" y que, "ha sido admitida por el Tribunal de Luxemburgo en relación a la indemnización de daños y perjuicios por impuestos y cargas administrativas contrarios al Derecho comunitario.", razona a favor de su aplicabilidad más allá del régimen de la Directiva en base al principio de prohibición del "enriquecimiento sin causa" conforme al cual no es razonable que se indemnice a quien no ha sufrido daño, concretando que en todo caso será a cargo del infractor la prueba de los hechos constitutivos del *passing-on* con arreglo a lo establecido en el art. 217.3 LEC, "al tratarse de hechos que impedirían la eficacia jurídica de los hechos constitutivos de la acción", explicitando como criterio de valoración que en el marco de la libre competencia "es probable que el incremento del precio por parte del comprador directo ocasione una reducción del volumen de ventas por retraimiento de la demanda", de modo tal que "Si el aumento de precio no ha logrado repercutir todo ese daño porque se ha producido una disminución de las ventas (debido a que otros competidores no han sufrido la actuación del cártel y han arrebatado cuota de mercado, nacional o internacional, a quienes sí la han sufrido, o a que la demanda se ha retraído ante el aumento del precio, etc.), no puede estimarse la defensa del "passing-on" o no puede hacerse en su totalidad."

En el caso no hay prueba de tal repercusión. El propio informe pericial reconoce que sus conclusiones son presuntivas, en particular, las que afectan a la afirmación de que las dinámicas del mercado de transportes de mercancías por carretera en el periodo de la infracción gozaron de unas condiciones económicas favorables para que la actora hubiera recuperado la totalidad de los costes incurridos en el desarrollo de su actividad económica trasladando completamente en el precio a sus clientes cualquier incremento de costes incluido el sobrecoste en la adquisición de los camiones, y ello sin haber sufrido descenso de ventas.



Y no solo son presuntas tales condiciones, sino que reconoce que en realidad no le es posible cuantificar el *passing on* por falta de información sobre la actividad económica concreta, falta de prueba que podemos considerar que sea imputable a la actora sino solo a la propia infractora demandada que es, como hemos visto, quien tiene la carga.

Es por ello que en absoluto es aceptable esta defensa para eludir la indemnización fijada.

El motivo queda en consecuencia, desestimado.

Intereses. Dies a quo. Incongruencia.

UNDÉCIMO.- Denuncia en su motivo décimoquinto, incongruencia *extra petita* en relación con la condena al pago de los intereses.

Afirma el recurrente que en el suplico solicita el pago de los intereses que correspondan, sin fijar la fecha desde la que entiende que se devengan los mismos, colocándose voluntariamente el demandante en situación de indefinición contraria al principio rogatorio.

Que en todo caso, habiéndose deducido una acción del art. 1902 CC, el derecho nace desde que se dicta sentencia, deduciéndose de la jurisprudencia -que cita- que del art. 1108 CC cabe deducir que solo existe interés moratorio desde la interpelación judicial y no desde la fecha de compra, propia de otras instituciones, habiéndose pronunciado en este sentido la STS de 7 de noviembre de 2013 -azúcar-.

Ahora bien, en este caso tampoco puede declararse el devengo del interés moratorio desde la fecha de la demanda bajo el principio *in illiquidis no fit mora* - STS 11 de septiembre de 2008-, siendo así que en el caso, una desestimación de más del 75% de las pretensiones de la demanda impide que pueda condenarse al pago de intereses desde la demanda, por lo que debe revocarse en este punto la Sentencia de instancia.

Posición del Tribunal.

Cuando se define el derecho a la reparación de la persona perjudicada por una infracción anticompetitiva del artículo 101 TFUE como el mecanismo por el cual se regresa económicamente al perjudicado al estado que habría tenido si no hubiera habido infracción, se está definiendo el derecho a la reparación del perjudicado bajo el principio de indemnidad. Es por ello que en la Guía se incluyen -punto 20- los intereses como parte de esa reparación al ser "*elemento indispensable de la reparación*" porque así resulta tanto de la jurisprudencia del TJUE -con cita de las Sentencias asunto C-271/91, Marshall, apart 31, y asuntos acumulados C- 295/04 a C-298/04, Manfredi, apart 97- como del Libro Blanco sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, comprendiendo el devengo la totalidad del periodo comprendido desde la causación del perjuicio por la infracción.

Resulta desde esta perspectiva imposible aceptar el argumento del motivo formulado -vicio de incongruencia *extra petita* por no determinar con claridad el momento del devengo- teniendo en cuenta que, como señala la STS 395/2013, de 19 de junio "*no se incurre en incongruencia cuando se da acogida a lo que sustancialmente está comprendido en el objeto del pleito o implícitamente en las pretensiones deducidas en la demanda*", siendo así que en el caso resulta que de la propia naturaleza de la acción de reparación es fácil deducir que subyace el principio de indemnidad y por tanto que los intereses se deben desde que se padece el daño y, en último lugar, que tal propuesta de devengo sí aparece referenciada de manera expresa, en base precisamente a la jurisprudencia antes mencionada, en la demanda -FD 10º, apart. e.-, que en el caso hemos afirmado se produce, en consonancia con la demanda, cuando se adquiere el vehículo.

Plantea en segundo lugar que de desestimarse el vicio de incongruencia debería en todo caso fijarse como momento de devengo de los intereses legales a los que se refiere el artículo 1108 CC, en la fecha de la interpelación judicial si bien es preciso tener en cuenta que dado que la estimación no lo ha sido en la cuantía pretendida, no cabe fijar en realidad dicho devengo desde la demanda sino desde la Sentencia que fija tal importe.

Tampoco este planteamiento puede ser aceptado pues, como dice la STS 110/2009, de 12 de febrero, cuando se produce el daño es cuando surge la deuda que es de valor, momento a partir del cual la parte demandada debe a la perjudicada el daño cuyo importe ha sido objeto de concreción en la sentencia, ya que, de lo contrario, la dilación en el pago sería un perjuicio más de los sufridos por la víctima, dada la evidente devaluación monetaria que no tiene obligación de soportar.

El motivo queda en consecuencia desestimado.

Dudas de derecho sobre las costas impuestas por la resolución de la declinatoria



DUODÉCIMO.- Dedicar al apelante el último de sus motivos al pronunciamiento en materia de costas procesales de los autos de 27 de diciembre y de 9 de enero, solicitando la revocación de la condena en costas de los autos desestimatorios de los recursos de reposición en base a las dudas de derecho que plantea la cuestión considerando el ATS de 26 de enero de 2019 que establece la competencia de los Tribunales españoles sobre una base argumentativa distinta a la del Juzgado de lo Mercantil, no habiéndose resuelto la cuestión de competencia de los Juzgados españoles hasta la STJUE de 29 de julio de 2019, asunto C-451/18.

Posición del Tribunal.

Debemos desestimar en primer lugar la petición por ser procesalmente inadmisibles.

En efecto, conforme dispone el art. 66 LEC " *contra el auto por el que se rechace la falta de competencia internacional, de jurisdicción o de competencia objetiva, sólo cabrá recurso de reposición, sin perjuicio de alegar la falta de esos presupuestos procesales en la apelación contra la sentencia definitiva*", reiterando en su relación el art. 454 del mismo texto legal que " *contra el auto que resuelva el recurso de reposición no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión objeto de la reposición al recurrir, si fuere procedente, la resolución definitiva*", normas de donde se deduce que sin reproducción de la cuestión de competencia internacional, no es dable conocer de manera segregada a la cuestión que genera el pronunciamiento, por formar parte de una resolución definitiva, lo relativo a la fijación de costas.

En todo caso, y por abundar la respuesta judicial, por lo que seguidamente diremos rechazamos también el motivo en lo relativo al fondo del planteamiento.

Y es que la domiciliación en Suecia de la demandada no impide que pudiera ser demandada en España y que la jurisdicción española fuera la competente para resolver la demanda por daños anticompetitivos como de manera evidente resulta del art. 7 del Reglamento 1215/2012, sobre competencia judicial, que reconoce la competencia de los tribunales del lugar donde se haya producido o se pueda producir el daño, haciéndose además referencia a esta competencia en el artículo 22 quinquies b) LOPJ que señala de nuevo a los Tribunales españoles cuando el hecho dañoso se ha producido en el territorio español.

Es más, el TJUE ha interpretado el art. 7 del Reglamento 1215/12, trasunto del art. 5.3 del Reglamento 44/01, en relación a distintas reclamaciones de daños por prácticas anticompetitivas en Sentencias como la de 21 de mayo de 2015, asunto C-352/13, en cuyo párrafo 38 señalando que se refiere al mismo tiempo al lugar donde se ha producido el daño y al lugar del hecho causal que originó ese daño, de modo que la acción contra el demandado puede ejercitarse a elección del demandante ante los tribunales de cualquiera de esos dos lugares, no alejándose de esta fundamentación el Tribunal Supremo que en el Auto indicado por el recurrente, reitera los argumentos ya decididos en otro previo, que aunque posterior a la resolución del caso que nos ocupa, describe argumentos que en esencia -véase el FD Segundo- reiteran con mayor finura y amplitud, los que se despliegan en el Auto del Tribunal de instancia en relación a la competencia internacional de los Tribunales españoles.

Desde esta perspectiva desestimaríamos también el motivo porque no sería posible apreciar dudas serias de derecho que justifique la aplicación del criterio de excepción al principio de vencimiento - art 394.1 LEC-.

Costas del recurso de apelación.

DÉCIMOTERCERO.- En cuanto a las costas de esta alzada y habiéndose estimado en parte tanto el recurso de apelación de la parte demandada como de la parte demandante, no cabe hacer expresa imposición de las costas a ninguna parte apelante - art 398 LEC-, sin que proceda modificación del criterio de imposición de costas de la instancia al ser, en todo caso parcial, la estimación de cada una de las demandas acumuladas - art 394 LEC-.

Reintegro del depósito para recurrir.

DÉCIMOCUARTO.- Habiéndose estimado de forma parcial el recurso de apelación, procede acordar la devolución al apelante de la totalidad del depósito hecho para recurrir - DA 15ª, número 8 LOPJ-.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español.

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de apelación entablado por la parte demandada, la mercantil AB Volvo (Publ), representada en este Tribunal por la Procuradora Dª. Francisca Caballero Caballero y dirigida por la Letrada Dª. Natalia Gómez Bernardo; y estimando en parte el recurso formulado por la parte demandante integrada por D. Jesús y D. Julio, representados en este Tribunal por la Procuradora Dª. María Virtudes Valero Mora contra la Sentencia dictada el día 18 de junio de 2019 por el Juzgado de lo Mercantil número dos de



los de Alicante, debemos revocar y revocamos en parte dicha resolución y en su virtud, declaramos la falta de legitimación activa de D. Julio respecto del el camión matrícula-NBT , bastidor NUM000 , condenando a la demandada a abonar a cada uno de los demandantes en concepto de restitución de sobrecoste derivado de su conducta anticompetitiva el importe de 9.400 euros, cantidad que devengará intereses legales desde la fecha del pago del precio respectivo, que serán los intereses del art. 576 LEC desde la fecha de la Sentencia de instancia, confirmando el resto de pronunciamientos de la Sentencia de instancia; y sin expresa imposición de las costas procesales a parte apelante ninguna.

Se acuerda la devolución del depósito efectuado para recurrir por los recurrentes.

Esta Sentencia no es firme en derecho y, consecuentemente, cabe en su caso interponer contra la misma, conforme a lo dispuesto en los artículos 468 y siguientes, y 477 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, recurso extraordinario por infracción procesal y/o recurso de casación, recursos que deberán presentarse dentro de los veinte días siguientes a la notificación de esta resolución previa constitución de depósito para recurrir por importe de 50 euros por recurso que se ingresará en la Cuenta de Consignaciones de esta Sección 8ª abierta en la entidad Banco de Santander, indicando en el campo "Concepto" del documento resguardo de ingreso, que es un "Recurso", advirtiéndose que sin la acreditación de constitución del depósito indicado no será admitido (LO 1/2009, de 3 noviembre) el recurso.

Notifíquese esta Sentencia en forma legal y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otra al Rollo de apelación.

Así, por esta nuestra Sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día ha sido leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr. Ponente que la suscribe, hallándose el Tribunal de Marca Comunitaria celebrando Audiencia Pública. Doy fe.-