



Roj: **SJM A 1948/2023 - ECLI:ES:JMA:2023:1948**

Id Cendoj: **03014470012023100001**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Alicante/Alacant**

Sección: **1**

Fecha: **01/09/2023**

Nº de Recurso: **332/2020**

Nº de Resolución: **40/2023**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **GUSTAVO ANDRES MARTIN MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJM A 1948/2023,**
SAP A 1328/2024

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE ALICANTE

PROCEDIMIENTO: Juicio Ordinario nº 332-2020

SENTENCIA nº 40/2023

En Alicante, a 1 de septiembre de 2023.

Vistos por mí, Gustavo Andrés Martín Martín, magistrado-juez del Juzgado de lo mercantil número 1 de Alicante, los autos de Juicio Ordinario, en el que son parte demandante D^a Alfredo Barceló Bonet, Procurador de los Tribunales y de Petra ,y bajo la dirección técnica del letrado D. Jaime Concheiro Fernández; y parte demandada la entidad mercantil DAF TRUCKS N.V representada por el Procurador de los Tribunales Don Vicente Miralles Morera y bajo la dirección letrada de Don Sergio Sánchez Gimeno; habiendo versado el presente procedimiento sobre *acción de daños derivada de ilícitos anticompetitivos*, dicto la presente sentencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte actora se presentó demanda de juicio ordinario contra DAF TRUCKS N.V.

SEGUNDO.- Admitida que fue a trámite la citada demanda, se emplazó a la parte contraria para que la contestase, cosa que hizo la representación procesal de DAF Trucks N.V. (en adelante DAF) por medio de escrito en tiempo y forma-

Celebrada la audiencia previa se fijó día para la vista, llegado el cual, ésta tuvo lugar con la práctica de los medios de prueba propuestos por las partes en los términos que consta en el soporte de videograbación.

Tras la práctica de la prueba, y previas las conclusiones orales de las partes, quedaron los autos vistos para sentencia.

Sin perjuicio de lo anterior, dada la complejidad de los presentes procedimientos, y la continua remisión de cuestiones prejudiciales, se ha esperado prudencialmente a que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciase en el importante asunto C-312/21 Traficos Manuel Ferrer [2023] de 16 de febrero (ECLI: EU:C:2023:99).

Por otra parte, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en los primeros 15 recursos de casación en las sentencias de fecha 12, 13 y 14 de junio de 2023:

SSTS de 923/2023, de 12 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2492), STS 924/2023, de 12 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2472), STS 925/2023, de 12 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2495), STS 926/2023, de 12 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2473), STS 927/2023, de 12 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2475), STS 928/2023, de 12 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2474), STS 939/2023, de 13 de junio de 2023

(ECLI:ES:TS:2023:2476), STS 940/2023, de 13 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2477), STS 941/2023, de 13 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2497), STS 942/2023, de 13 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2478), STS 946/2023, de 14 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2479), STS 947/2023, de 14 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2480), STS 948/2023, de 14 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2493), STS 949/2023, de 14 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2494), STS 950/2023, de 14 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2496).

(en adelante *SSTS de 12-14 de junio de 2023*)

TERCERO.- En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- acción ejercitada y planteamiento del caso.

1. Se ejercita por la parte actora acción de daños contra DAF, sobre la base de la infracción de las normas de Defensa de la Competencia. Dichas acciones se acumulan subjetivamente al amparo del artículo 72 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero. El título o causa de pedir conexo se basaría en el perjuicio sufrido por todos los actores a consecuencia de la infracción del artículo 101.1 TFUE por parte de la demandada de acuerdo con lo dispuesto en la Decisión de 19 de julio de 2016 de la Comisión Europea.

2. Mediante dos decisiones de 19 de julio de 2016 y 27 de septiembre de 2017, la Comisión Europea ponía fin al procedimiento híbrido que ha dado lugar a la sanción de los principales fabricantes de camiones en elEEE en relación con los camiones medios (peso entre 6 y 10 toneladas) y pesados (más de 16 toneladas), tanto rígidos como cabezas tractoras. Las prácticas anticompetitivas consistían en acuerdos colusorios en relación a los precios y el aumento de los precios brutos de los camiones en elEEE, así como sobre el calendario y la repercusión de los costes de la introducción de las tecnologías de emisiones legalmente exigidas.

3. La primera decisión, de 19 de julio de 2016, se refiere al acuerdo con los fabricantes MAN, DAIMLER, IVECO, VOLVO/RENAULT y DAF. El procedimiento se había iniciado a consecuencia de la solicitud de clemencia presentada por la sociedad MAN, quien obtuvo el beneficio de exoneración de multa en el marco del programa de clemencia de la Comisión. El último fabricante, SCANIA, no llegó a un acuerdo transaccional con la Comisión Europea, por lo que el expediente se cerró en una segunda decisión sancionadora adoptada el 27 de septiembre de 2017. La decisión de Scania no es definitiva, sin perjuicio de que en fecha 2 de febrero de 2022, el Tribunal General ha dictado sentencia en el caso C-799/17 Scania et. al. confirmando la decisión de la Comisión Europea. No obstante ello, no consta que se haya renunciado al recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

4. En este sentido, la parte actora ejercita la acción de resarcimiento a consecuencia y sobre la base de la Decisión transaccional de 19 de julio de 2019. Dicha decisión es firme al haberse alcanzado, en el marco de un procedimiento de híbrido, un acuerdo transaccional con la mayor parte de los infractores, entre los que se encuentra la entidad demandada. La conducta infractora abarcó la totalidad delEEE y duró desde el 17 de enero de 1997 hasta el 18 de enero de 2011. El cártel en el que participó la parte demandada habría supuesto, según la parte demandante, el incremento de los precios netos de venta de los camiones adquiridos por los actores.

5. La acción ejercitada por la actora, por tanto, debe ser calificada como acción *follow-on* pues descansa sobre los hechos y fundamentos de Derecho recogidos en la Decisión de 19 de julio de 2016.

6. Consideradas todas las pruebas aportadas por las partes, a efectos de economía procesal, referiremos solo aquellas que consideramos de mayor relevancia para la resolución del presente procedimiento.

7. Con carácter previo al dictado de la presente resolución se ha dictado por este Juzgado SJM, Alicante Mercantil sección 1 del 04 de marzo de 2022 (ROJ: SJM A 2175/2022 - ECLI:ES:JMA:2022:2175) cuya virtud procede remitirse a la misma con carácter general para muchas de las cuestiones que venimos suscitando por razones de economía procesal.

8. Es necesario destacar, igualmente, el meritorio esfuerzo probatorio llevado a cabo por la defensa de DAF que, en las vistas celebradas, realizó una crítica, en ocasiones muy aguda, a la SJM, Alicante Mercantil sección 1 del 04 de marzo de 2022 (ROJ: SJM A 2175/2022 - ECLI:ES:JMA:2022:2175).

9. Por otra parte, es necesario recordar que la presente sentencia se dicta, no solo tras nuestra postura inicial adoptada en la SJM, Alicante Mercantil sección 1 del 04 de marzo de 2022 (ROJ: SJM A 2175/2022 - ECLI:ES:JMA:2022:2175), sino tras las sentencias del Tribunal Supremo de 12 a 14 de junio de 2023, de obligada referencia.

SEGUNDO.- Competencia internacional y competencia territorial: artículo 7.2 del Reglamento (UE) n ° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 , relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

10. No se discute, estando la misma afirmada conforme a lo dispuesto en la SJM, Alicante Mercantil sección 1 del 04 de marzo de 2022 (ROJ: SJM A 2175/2022 - ECLI:ES:JMA:2022:2175) en el sentido señalado en el Asunto C- 30/20 AB Volvo (ECLI: EU:C:2021:604).

TERCERO.- Normativa aplicable respecto del derecho de resarcimiento pretendido.

11. Conforme a lo señalado en la SJM, Alicante, Mercantil sección 1 del 04 de marzo de 2022 (ROJ: SJM A 2175/2022 - ECLI:ES:JMA:2022:2175) la presente reclamación de daños se vehiculiza a través del artículo 1902 Código Civil (CC), artículo en el que se establece la responsabilidad de civil extracontractual o aquiliana en nuestro Derecho civil patrimonial: *el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*. Deben ser tomadas en consideración igualmente las reglas generales en materia de carga de la prueba y estándar probatorio que rigen en nuestro derecho nacional. Regulación toda ella que habrá de ser interpretada a la luz del principio de efectividad como garantía de los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario, como es el derecho de resarcimiento por ilícitos antitrust.

12. En el mismo sentido, las SSTs de 12-14 de junio de 2023 (ut supra).

CUARTO.- legitimación activa.

13. Como señalábamos en la SJM, Alicante Mercantil sección 1 del 04 de marzo de 2022 (ROJ: SJM A 2175/2022 - ECLI:ES:JMA:2022:2175), el estándar probatorio que debe enfrentar la parte actora para la acreditación de su legitimación es relativamente baja. Basta un principio de prueba que acredite indiciariamente la adquisición de los vehículos o la tenencia de los mismos en virtud de contrato que haya sido suficiente para poder trasladar el daño, todo ello con cita de la SAP Valencia, sección 9, del 9 de marzo de 2021 (ROJ: SAP V 970/2021 - ECLI:ES:APV:2021:970), SAP Alicante de 29 de octubre de 2009 (ROJ: SAP A 3622/2009 - ECLI:ES:APA:2009:3622), SAP Baleares de 30 de septiembre de 2010 (ROJ: SAP AB 1112/2010 - ECLI:ES:APAB:2010:1112)] y SAP Pontevedra, sección 1ª, de 29 de junio de 2020 (ROJ: SAP PO 1242/2020 - ECLI:ES:APPO:2020:1242) o SAP Pontevedra, sección 1ª, de 29 de junio de 2020 (ROJ: SAP PO 1242/2020 - ECLI:ES:APPO:2020:1242).

14. La conducta infractora abarcó la totalidad del EEE y duró desde el 17 de enero de 1997 hasta el 18 de enero de 2011 por lo que tuvo una duración de unos 14 años. Siendo carga de la prueba de la parte actora (217 LEC) la acreditación de la adquisición del camión, el estándar probatorio de la adquisición debe ser extraordinariamente bajo en el caso de los camiones adquiridos en los primeros periodos del cártel.

15. En el presente caso, la documentación aportada es suficientemente acreditativa de la legitimación activa de conformidad con el estándar probatorio fijado en la SJM, Alicante Mercantil sección 1 del 04 de marzo de 2022 (ROJ: SJM A 2175/2022 - ECLI:ES:JMA:2022:2175).

QUINTO.- Prescripción.

16. De conformidad con las SSTs de 12-14 de junio de 2023 (ut supra), con cita de la sentencia del TJUE en el Asunto C-267/20 - Volvo y DAF Trucks [2022] de 22 de junio (ECLI: EU:C:2022:494), el plazo de prescripción es de 5 años, de forma que la acción al tiempo de su ejercicio no habría prescrito, y ello con independencia de que la reclamación previa hubiera sido o no interrumpida.

SEXTO.- Conducta sancionada a la luz de las Decisiones de 19 de julio de 2016 y de 27 de septiembre de 2017.

I. Alcance y vinculación de la Decisión de la Comisión Europea de fecha 19 de julio de 2016.

17. Tras la sentencia *Masterfoods* [2000] (Asunto C-344/98 *Masterfoods* [2000] de 14 de diciembre; ECLI: EU:C:2000:689), el art. 16 del Reglamento (CE) n ° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (hoy art. 101 y 102 TFUE) estableció las reglas generales en materia de vinculación de los órganos nacionales a las resoluciones de la Comisión Europea. En particular, el artículo 16.1 establece que *cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 u 82 del Tratado ya haya sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión*.

18. La vinculación del juez nacional que conoce de la acción de daños *follow-on* respecto de la Decisión de la Comisión europea se extiende no solo a la parte dispositiva sino que abarca tanto los hechos declarados probados como la motivación. Como señalaba el Tribunal de Justicia en el asunto *Comisión/BASF* [1994]

(Asunto C-137/92 *Comisión/BASF* [1994] de 15 de junio. Ap. 67.), la parte dispositiva de una Decisión [...] únicamente puede comprenderse y su alcance únicamente puede medirse a la luz de los fundamentos de Derecho. La parte dispositiva y la motivación de una Decisión constituyen por lo tanto un todo indivisible. Por tanto, la Decisión en su conjunto, vincula al juez nacional que no podrá adoptar una decisión incompatible con la Decisión adoptada por la Comisión.

19. Como señala la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016, el texto en lengua inglesa es el único auténtico. Ello no impide que, dado que el español es la lengua de uso oficial de España, donde radica este tribunal, empleemos una traducción propia. Sin perjuicio de lo anterior, deberemos considerar los matices necesarios en relación con la descripción de la conducta sancionada y, entonces sí, recurrir a la comparación con el texto auténtico de la Decisión, si fuera necesario.

I. Valor de la decisión de 27 de septiembre de 2017 relativa a Scania publicada el 30 de junio de 2020.

20. Como señalábamos con anterioridad, la peculiaridad del procedimiento administrativo sancionador seguido ante la Comisión Europea radica en que se trata de un procedimiento híbrido en el que la Comisión europea ha adoptado dos decisiones en relación con la misma conducta. La primera decisión, de 19 de julio de 2016, se refiere al acuerdo transaccional alcanzado con los fabricantes MAN, DAIMLER, IVECO, VOLVO/RENAULT y DAF. La entidad Scania, no llegó a un acuerdo transaccional con la Comisión Europea, por lo que el expediente se cerró en una segunda decisión adoptada el 27 de septiembre de 2017 ("Decisión Scania") en el marco del procedimiento sancionador ordinario. La decisión de Scania no es definitiva, sin perjuicio de que en fecha 2 de febrero de 2022, el Tribunal General ha dictado sentencia en el caso C-799/17 Scania et. al. confirmando la decisión de la Comisión Europea. No obstante ello, no consta que se haya renunciado al recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sin perjuicio de lo anterior, las Decisiones de la Comisión Europea, por otra parte, gozan de una presunción de legalidad y producen efectos jurídicos mientras no hayan sido anulados o revocados (Asunto C-137/92 *Comisión/BASF* [1994] de 15 de junio. Ap. 67).

21. Dicho lo anterior, los órganos jurisdiccionales nacionales no están vinculados por la Decisión Scania [2017] en la medida en que la misma solo es vinculante en relación con los destinatarios que identifica (art. 288 IV TFUE) entre los que no se encuentra la demandada en el presente procedimiento. Ahora bien, ello no quiere decir que carezca de cualquier valor para el presente caso. En este caso, establecida la existencia de una identidad jurídica y económica entre los supuestos de hecho de ambas decisiones por tratarse de empresas participantes en el mismo cártel y, por tanto, copartícipes de la misma conducta infractora, no podemos desechar su importante valor hermenéutico a la hora de establecer la naturaleza y alcance de la conducta infractora.

22. Sin perjuicio de lo anterior, la presente sentencia, a los efectos de evitar posibles vías de impugnación en caso de anulación de la decisión, se limitará a aquellos aspectos más relevantes de la Decisión Scania [2017], como apoyo de los argumentos establecidos previamente.

23. Finalmente, no debemos olvidar que las versiones con las que contamos son versiones provisionales no confidenciales. El texto es el resultado de la discrecionalidad de la Comisión Europea y las alegaciones realizadas por las empresas infractoras que pretenden proteger información que pueda ser sensible. Sin embargo, al mismo tiempo, retrasan la publicación de la Decisión y limitan el conocimiento que el público general y, en particular, los posibles perjudicados puedan tener del cártel. Por tanto, la lectura de la Decisión de la Comisión ha de ser siempre prudente en relación con las omisiones, pero debe partir del hecho de que los fragmentos públicos han pasado un fuerte escrutinio previo. En este sentido, la vinculación debe ser estricta respecto de los hechos afirmados en la decisión, especialmente, en una decisión transaccional.

II. Conducta sancionada a la luz de la Decisión de 19 de julio de 2016, vinculante.

A. Identificación de la infracción

24. A los efectos se transcriben los apartados relevantes de la Decisión [2016]. La traducción es propia.

(2) La infracción consistió en acuerdos colusorios en relación a los precios y los aumentos de precios brutos en el EEE para los camiones medianos y pesados; y el calendario y la repercusión de los costes de la introducción de las tecnologías de emisiones para los camiones medianos y pesados exigidas por las normas EURO 3 a 6. La infracción abarcó todo el EEE y se prolongó desde el 17 de enero de 1997 hasta el día 18 de enero de 2011.

(3) Los hechos expuestos en la presente Decisión han sido aceptados por MAN, Daimler, Iveco, Volvo y DAF (los "Destinatarios") en el procedimiento de conciliación.

(5) Los productos afectados por la infracción son camiones de entre 6 y 16 toneladas ("camiones medianos") y camiones de más de 16 toneladas ("camiones pesados"), tanto en forma de camiones rígidos como de cabezas tractoras (en lo sucesivo, los camiones medianos y pesados se denominarán colectivamente "camiones").

25. La Decisión en este punto advierte que se excluyen los camiones de uso militar que no forman parte del objeto de la decisión.

26. De la misma forma, la conducta infractora no abarca mercados conexos como son la posventa, y otros servicios y garantías para camiones, a la venta de camiones usados o a cualquier otro bien o servicio vendido por los destinatarios de Decisión.

B. descripción del mercado de camiones.

(25) Todos los destinatarios tienen filiales nacionales de comercialización en países de mercado clave que suelen importar los camiones. Todos los destinatarios venden sus productos a través de distribuidores y sus respectivas redes de concesionarios o, en algunos casos/regiones particulares, directamente a clientes clave. Algunos de los distribuidores y concesionarios son propiedad de los fabricantes de camiones como parte de su organización de ventas, otros son independientes. A efectos del presente asunto, consta acreditado que Iveco realiza las ventas principalmente a través de concesionarios independientes.

(26) La demanda de camiones es muy cíclica. Mientras que los turismos son adquiridos tanto por clientes privados como comerciales, los camiones son adquiridos únicamente por clientes comerciales. Como los camiones son bienes duraderos de uso profesional, los clientes suelen aplazar la inversión en la renovación de la flota en tiempos de crisis económica, y la compensan cuando sus negocios prosperan. Los camiones no son productos básicos, sino que se especifican en función de las necesidades individuales de los clientes y son intrínsecamente complejos. Todos los destinatarios ofrecen una gama de camiones y cientos de opciones y variantes. Además, la fiabilidad percibida, el rendimiento técnico, el consumo de combustible, los costes de mantenimiento y la marca desempeñan un papel importante en las decisiones de compra de los clientes. Otros aspectos importantes son la existencia de una amplia red de estaciones de servicio, los costes posventa, los costes de explotación, etc.

C. mecanismos de fijación del precio y listas de precios brutos

(27) El mecanismo de fijación de precios en el sector de los camiones sigue generalmente los mismos pasos para todos los destinatarios. Como en muchos otros sectores, la fijación de precios parte generalmente de un precio de lista bruto inicial fijado por la sede central. A continuación, se fijan los precios de transferencia para la importación de camiones en los distintos mercados a través de empresas distribuidoras propias o independientes. Además, están los precios que deben pagar los concesionarios que operan en los mercados nacionales y los precios finales netos para el cliente. Estos precios para el cliente neto final son negociados por los concesionarios o por los fabricantes cuando venden directamente a los concesionarios o a los clientes de flotas. Los precios finales netos para el cliente reflejarán importantes descuentos sobre el precio de catálogo bruto inicial. No siempre se siguen todos los pasos, ya que los fabricantes también venden directamente a los concesionarios o a los clientes de flotas.

(28) Por lo que respecta a las listas de precios brutos iniciales de los camiones nuevos, todos los destinatarios, excepto Iveco, aplicaron una lista de precios brutos con precios de lista brutos armonizados en todo elEEE [...]

D. transparencia en el mercado de camiones.

(29) El sector de los camiones se caracteriza por un alto grado de transparencia. Los destinatarios tenían acceso a datos relevantes desde el punto de vista de la competencia, como las matriculaciones de camiones, a través de los registros públicos. Además, los fabricantes de camiones y sus empresas distribuidoras mantenían intercambios regulares en el seno de diversas asociaciones del sector. En algunas de estas asociaciones se intercambiaban datos sobre la recepción de pedidos y los plazos de entrega o los niveles de existencias. Además, los destinatarios tenían acceso, en diversos grados, a otros datos a través de los clientes que presentaban espontáneamente las ofertas de los competidores para negociar los precios y a través de los clientes misteriosos.

(30) En consecuencia, una de las incertidumbres que quedaban para los destinatarios en el mercado de camiones era el futuro comportamiento en el mercado de los productores de camiones competidores y, en particular, sus respectivas intenciones en cuanto a la modificación de sus precios brutos y listas de precios brutos.

E. conducta infractora.

(46) Todos los destinatarios intercambiaron listas de precios brutos e información sobre precios brutos, y la mayoría de ellos (véase (48)) se dedicaron a intercambiar configuradores de camiones por ordenador. Todos estos elementos constituían información comercialmente sensible. Con el tiempo, los configuradores de camiones, que contenían los precios brutos detallados de todos los modelos y opciones, sustituyeron a las tradicionales listas de precios brutos. Esto facilitó el cálculo del precio bruto de cada posible configuración de camiones. El intercambio se realizó tanto a nivel multilateral como bilateral.

(47) En la mayoría de los casos, la información sobre los precios brutos de los componentes de los camiones no estaba disponible públicamente y la información disponible públicamente no era tan detallada y precisa como la información intercambiada entre, entre otros, los Destinatarios. Al intercambiar los precios brutos actuales y las listas de precios brutos, combinados con otra información recopilada a través de la información de mercado, los Destinatarios podían calcular mejor los precios netos actuales aproximados de sus competidores, dependiendo de la calidad de la inteligencia de mercado de que dispusieran.

(48) Asimismo, el intercambio de configuradores ayudó a comparar las ofertas propias con las de los competidores, lo que aumentó aún más la transparencia del mercado. En particular, a partir de los configuradores de camiones se podía saber qué extras serían compatibles con qué camiones, y qué opciones formarían parte del equipamiento de serie o serían un extra. Todos los destinatarios, a excepción de DAF, tenían acceso al configurador de al menos otro destinatario. Algunos configuradores sólo daban acceso a la información técnica, como los portales de los carroceros, y no incluían ninguna información sobre los precios.

(49) Los contactos colusorios mantenidos por los Destinatarios en el periodo 1997 a 2010 tuvieron lugar en forma de reuniones periódicas [...] También incluyeron intercambios regulares a través de correos electrónicos y llamadas telefónicas. Las sedes de los destinatarios (en lo sucesivo: sede central) participaron directamente en el debate sobre los precios, los aumentos de precios y la introducción de nuevas normas de emisión hasta 2004. A partir de agosto de 2002, por lo menos, las discusiones tuvieron lugar a través de las filiales alemanas (en lo sucesivo: nivel alemán), que, en mayor o menor medida, informaban a su sede central.

(50) Estos acuerdos colusorios incluían acuerdos y/o prácticas concertadas en relación a los precios y el aumento de los precios brutos con el fin de alinear los precios brutos en el EEE y el calendario y la repercusión de los costes para la introducción de las tecnologías de emisiones exigidas por las normas EURO 3 a 6.

(51) Desde 1997 hasta finales de 2004, los destinatarios participaron en reuniones en las que participaban altos directivos de todas las sedes [...] los participantes discutían y, en algunos casos, también acordaban sus respectivos incrementos de precios brutos [...] los participantes discutían los incrementos brutos de precios, especificando la aplicación en todo el EEE, dividido por grandes mercados. [...] Ocasionalmente, los participantes, entre los que se encontraban representantes de las sedes de todos los destinatarios, debatieron también los precios netos de algunos países. [...] También se pusieron de acuerdo sobre el calendario de introducción de la tecnología de emisiones que cumple con las normas EURO y sobre la tasa adicional que debe aplicarse a la misma. [...] los participantes se informaron mutuamente de los incrementos brutos de los precios previstos.

(52) El 17 de enero de 1997 se organizó una reunión en Bruselas. Durante una reunión celebrada el 6 de abril de 1998 en el contexto de una reunión de una asociación del sector, a la que asistieron representantes de las sedes de todos los destinatarios, los participantes se coordinaron sobre la introducción de camiones que cumplieran la norma EURO 3. Acordaron no ofrecer camiones que cumplieran la norma EURO 3 antes de que fuera obligatorio hacerlo y acordaron una gama de precios adicionales para los camiones que cumplieran la norma EURO 3.

(53) las pruebas muestran además que todos los destinatarios participaron en las discusiones sobre la utilización de la introducción de la moneda euro para reducir los descuentos. Las partes implicadas discutieron que Francia tenía los precios más bajos y acordaron que había que aumentar los precios en Francia.

(54) Tras la introducción de la moneda euro y con la introducción de listas de precios paneuropeas (EEE) para casi todos los fabricantes, los destinatarios empezaron a intercambiar sistemáticamente sus respectivos aumentos de precios brutos previstos a través de sus filiales alemanas mientras que los contactos colusorios a nivel de altos directivos de la sede central continuaron en paralelo entre 2002 y 2004.

(55) En años posteriores, las reuniones a nivel alemán se formalizaron más y la información sobre el aumento de los precios brutos que no era de dominio público solía introducirse en una hoja de cálculo dividida por el modelo estándar de camión para cada productor. Estos intercambios tenían lugar varias veces al año. La información sobre futuros aumentos de precios brutos intercambiada se refería sólo a los modelos básicos de camiones o a los camiones y las opciones disponibles (a menudo esto se indicaba por separado en las tablas intercambiadas), y normalmente no se intercambiaban precios netos o aumentos de precios netos. La información sobre los futuros aumentos de precios brutos intercambiada en las filiales alemanas se transmitió, en mayor o menor medida, a las respectivas sedes.

(58) Los intercambios, al menos, pusieron a los Destinatarios en condiciones de tener en cuenta la información intercambiada para su proceso de planificación interna y la planificación de los futuros aumentos de precios brutos para el siguiente año natural. Además, la información puede haber influido en el posicionamiento de los precios de algunos de los nuevos productos de los destinatarios.

F. alcance geográfico.

27. El alcance geográfico de la infracción abarcó todo elEEE durante todo el tiempo que duró la infracción.

III. *Datos revelados sobre el funcionamiento del cártel a raíz de la Decisión Scania de 27 de septiembre de 2017.*

28. Sin perjuicio de lo anterior, la Decisión en Scania ofrece también datos de interés. En particular, la Comisión Europea ha dedicado especial atención al funcionamiento del mercado de camiones (punto 3 apartados 22 y siguientes).

29. Así, en primer lugar, la propia Comisión Europea señala que "la importancia estratégica de la conducta anticompetitiva descrita en la sección 6 debe considerarse a la luz de las características específicas del mercado de camiones. El sector de los camiones se caracteriza por un alto nivel de transparencia y concentración. Los empleados de las partes tienen muchas oportunidades de reunirse y discutir la situación del mercado" (ap. 22).

30. El mercado de camiones es altamente complejo y no es transparente de cara al comprador final. Al margen de los casos de propietarios de grandes flotas que emplean procesos de licitación en la adquisición, "la mayoría de los pequeños clientes compran los camiones medianos y pesados a los concesionarios de camiones a nivel nacional. En estos casos, los concesionarios compran el camión pedido por el cliente final al productor de camiones o a un distribuidor propiedad del productor de camiones y lo revenden al cliente final. [...] ha explicado que el proceso de selección y configuración es mucho más complejo que en el negocio de los turismos" (ap 32). Esto es, la compra por parte del concesionario se realiza con posterioridad a la petición del cliente final.

31. De hecho, el cliente final no tiene posibilidad de conocer el precio real a menos que acuda directamente al concesionario:

Aunque los clientes pueden configurar el camión que desean comprar de forma más o menos precisa (según el modelo de camión) en las páginas web de, por ejemplo, Scania, a diferencia de lo que ocurre en el negocio de los turismos, no se puede obtener de esta forma información indicativa sobre los precios. Los precios brutos o los precios al consumidor final o los cambios aplicados a esos precios no se comunican generalmente a la prensa ni se publican en fuentes de libre acceso. Debido a la enorme variedad de modelos y variantes (por ejemplo, [...] ofrece unos 15.000 modelos de camiones diferentes), los clientes suelen hacer primero su pedido y luego los fabricantes producen el camión según las especificaciones del cliente (ap. 33)

32. En la Decisión Scania [2017], la Comisión Europea ha ampliado la información en relación con la conformación del sistema de precios en la industria. Ap. 38 a 40. Dedicada además un apartado específico a la fijación del precio por parte de Scania (ap. 43 a 49).

33. En este sentido, en un primer lugar, los precios brutos de lista son fijados por los fabricantes. A continuación, "se fijan los precios de transferencia para la importación de camiones en los distintos mercados entre la sede central y las empresas distribuidoras de propiedad total o independiente. Además, están los precios que los concesionarios que operan en los mercados nacionales deben pagar a los distribuidores nacionales y los precios finales netos al cliente. Estos precios para el cliente neto final son negociados por los concesionarios o por los fabricantes cuando venden directamente a los concesionarios o a los clientes de flotas". En consecuencia, el precio final neto pagado por el adquirente final ha podido sufrir varios niveles de descuentos. "Por lo tanto, [...] los precios finales pagados por los clientes finales pueden diferir (por ejemplo, en virtud de la aplicación de diferentes descuentos en los distintos niveles de la cadena de distribución)". Esto es, no hay homogeneidad de precios netos en el mercado puesto que cada precio dependerá de las concretas decisiones adoptadas por los distintos operadores económicos situados en cada uno de los niveles de la cadena de distribución.

34. En el caso de Scania, se distinguen varios niveles (ap 44- 48). Aunque cada fabricante puede tener su propia cadena de suministro, de los datos publicados no parece que difiera en lo esencial del siguiente esquema:

precios brutos de lista

precio neto de distribuidor (precio negociado con Scania por el distribuidor),

precio bruto de lista de distribuidor (precio neto de distribuidor + margen comercial),

precio neto de concesionario (precio bruto de lista de distribuidor - descuentos),

precio de venta al público (precio neto de concesionario + margen comercial + coste de personalización - extras - descuentos)

35. El precio final neto pagado depende de un proceso complejo. No se trata de una simple cadena de valor en la que cada operador aguas abajo incrementa el precio pagado (coste) en su margen comercial. No existe una relación mimética entre el precio bruto de lista y el PVP. La Comisión explicita que "el impacto real de un cambio

de precio en una venta concreta dependerá de un número importante de factores que, en gran medida, vendrán determinados por las negociaciones con el usuario final. Por lo tanto, es posible que un cambio en un nivel de precios concreto no tenga, al final, ningún efecto o sólo uno mínimo en el precio final para el cliente" (ap. 38) Ello supone que un incremento de precios a nivel de los precios brutos de lista no tiene una traslación automática y directamente proporcional con los precios de venta al público. La propia Comisión Europea señala que [...] " los precios finales pagados por los clientes finales pueden diferir (por ejemplo, en virtud de la aplicación de diferentes descuentos en los distintos niveles de la cadena de distribución)". (Ap. 38).

36. Ahora bien, ello no significa que no exista conexión entre los precios brutos de lista de fabricante y los precios netos. En la misma decisión la Comisión Europea afirma que los precios brutos de lista del fabricante constituían un importante -y sensible competitivamente- componente en el sistema de fijación de precios de Scania. Dicha afirmación es extensible al resto de fabricantes.

37. El carácter secreto del cártel y el conocimiento de la conducta ilícita se reafirma no solo por el hecho de que las reuniones se realizaban al más alto nivel de los fabricantes sino en el propio comportamiento de los cartelista. Prueba de ello es igualmente el hecho de que los nuevos miembros eran tratados con desconfianza (ap. 95). No obstante, una vez se accedía al círculo de confianza, la cordialidad de los participantes era la norma. Como muestra, el correo electrónico remitido desde la sede central de Scania al resto de participantes (ap 136) en el que se les emplaza a la próxima reunión en la sala 104 del centro de convenciones de Hannover y en el que se les desea unas "buenas y relajantes vacaciones de verano":

"Queridos colegas de la competencia, ¡ha sido un placer volver a veros y saber que habéis disfrutado de vuestra visita a Scania! Adjunto encontrarán la lista de intercambio actualizada [solicitud de confidencialidad pendiente]. Nos vemos la próxima vez en [feria] en Hannover, sala 104 del Centro de Convenciones, el 21 de septiembre de 13.30 a 15.00 (por favor, tenga en cuenta el cambio de hora). Hasta entonces les deseo a todos unas buenas y relajantes vacaciones de verano". La diapositiva power point adjunta muestra [...] [solicitud de confidencialidad pendiente]. Algunas de las empresas informaron del intercambio de información a otros niveles de su organización.

38. A diferencia del mercado de turismos, el mercado de camiones no es transparente en cuanto a los precios de venta al público. El propio cártel se aseguraba de que tales datos no fueran públicos. En este sentido, tras ser preguntado uno de los competidores por la revista *European Truck Challenge 2009* sobre los precios netos de camiones, el mismo señalaba que " tenemos por práctica que como máximo comunicamos los precios de lista. Mi pregunta es como van a tratar esto [...] Nosotros no comunicamos los precios de leasing o de venta" (ap. 173) .

39. La Decision Scania [2017] es mucho más prolija en relación con los datos relativos a los encuentros y a la información intercambiada, por ejemplo, en materia de incrementos de precios, sin perjuicio de que las omisiones por razones de confidencialidad impiden trazar el incremento a los concretos productos afectados. En este sentido, resulta llamativo el número de pasajes que refieren incrementos concretos de precios porcentuales, como puede verse en los apartados 99, 111, 119, 133, 134, 137, 140, 144, 146, 150, 155, 157, 158, 163 o 171. Sin perjuicio de que la Decisión en este punto se refiere a la destinataria de la misma (Scania) no debemos olvidar que tales intercambios se producen en el marco de un cártel, por lo que tales datos debieron ser intercambiados necesariamente por todos ellos. Desconocemos las cuantías comunicadas por el resto de participantes en el cártel. Existía por otro lado una preocupación por obtener la información de precios. En el ap. 165 la filial alemana de Scania agradecía la información sobre el nuevo modelo y preguntaba: " ¿puedes decirme algo hoy sobre el precio? ¿Hay algún incremento planeado para este vehículo?"

40. De igual manera, los cartelista se preocupaban por conocer puntualmente los incrementos de los precios a aplicar por el resto de competidores, llegando a requerir que la información sea compartida con todos los miembros del cártel para no perder tiempo en peticiones individualizadas (ap. 140)

41. No todos los años se incrementaron precios. En el ap. 153 se hace referencia a un correo electrónico remitido por Scania al resto de competidores en Alemania: "Le he dicho a [...] que el precio no se incrementará en 2006 [...] También dice que ellos no incrementarán el precio en 2006". Sin perjuicio de lo anterior, no consta que el cártel decidiera bajar los precios en ningún momento. Todas las conversaciones se refieren al incremento de precios para diferentes productos y, aisladamente, a una no subida.

42. Desconocemos los productos concretos a los que el cártel se refería. Sin embargo, los incrementos parecen generalizados para todo tipo de productos. Por ejemplo, en el ap. 163 de la Decisión se hace referencia a la comunicación de incrementos tanto para los modelos básicos (3%) como para los extras (5%). Se calculaba también la media de incremento (4%) que era comunicada. Significativos son los incrementos del precio por introducción de nuevas tecnologías. A raíz de la introducción de la normativa EURO 4 en 2005, se comunican incrementos del 5% (ap. 144).

I V. calificación jurídica de la conducta sancionada.

A. datos relevantes de las decisiones de la Comisión de 19 de julio de 2016, vinculante, y de la Decisión de 27 de septiembre de 2017 .

43. A la vista de los hechos descritos en la decisión de fecha 19 de julio de 2016, la Comisión Europea concluye que (el subrayado es nuestro):

(68) *La conducta descrita en la sección anterior 4 puede caracterizarse como una infracción compleja del artículo 101 del TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE, consistente en diversas acciones que pueden calificarse como acuerdos o prácticas concertadas, en las que los destinatarios sustituyeron a sabiendas la cooperación práctica entre ellos por los riesgos de la competencia. En relación con la versión original, en el ap. 68 de la decisión se describe la conducta como "complex infringement" consistente en varias acciones que pueden ser clasificadas tanto como "agreements or concerted practices".*

(69) *Los destinatarios estaban, en particular, implicados en los acuerdos anticompetitivos descritos anteriormente relativos a la venta de camiones a través de varios niveles de reuniones con la competencia y otros contactos, que tuvieron lugar a nivel de la sede central y de Alemania. Nuevamente la decisión emplea el término "agreement and/or concerted practice".-*

(71) *El único objetivo económico anticompetitivo de la colusión entre los Destinatarios era coordinar el comportamiento de los precios brutos de cada uno de ellos y la introducción de determinadas normas de emisión con el fin de eliminar la incertidumbre sobre el comportamiento de los respectivos Destinatarios y, en última instancia, la reacción de los clientes en el mercado. Las prácticas colusorias perseguían un único objetivo económico, a saber, el falseamiento de la fijación independiente de precios y de la evolución normal de los precios de los camiones en el EEE.*

(73) *Las pruebas disponibles demuestran que la conducta descrita constituyó un proceso continuo y no consistió en hechos aislados o esporádicos.*

(74) *Aunque a partir de 2004 los contactos colusorios tuvieron lugar entre las filiales alemanas y no entre las sedes centrales, dichos contactos tenían, no obstante, el mismo objeto que las reuniones anteriores entre representantes de las sedes centrales, a saber, el falseamiento de la fijación independiente de precios y de la evolución normal de los precios de los camiones en el EEE. Así lo demuestra el hecho de que las conversaciones entre los representantes de las filiales alemanas siguieron abordando los mismos temas y de la misma manera que en otras reuniones anteriores en las que participaron representantes de la sede central)*

(75) *Al intercambiar las listas de precios brutos aplicables en todo el EEE, los destinatarios estaban en mejores condiciones de comprender, a partir de la información sobre el aumento de precios intercambiada por las filiales alemanas, la estrategia de precios europea de cada uno de ellos, de lo que habrían estado únicamente sobre la base de la información de mercado de que disponían (market intelligence)*

(77) *El plan general se aplicó durante varios años empleando los mismos mecanismos y persiguiendo el mismo objetivo común de eliminar la competencia.*

44. En la decisión Scania [2017] la Comisión amplía la fundamentación jurídica de la resolución a los efectos de dar mayor robustez en orden a superar el control jurisdiccional posterior. La Comisión dedica especial atención a la consideración de la conducta como "mero intercambio de información", dadas las alegaciones de Scania, descartando que la conducta carezca de efectos en el mercado (véase por ejemplo los ap. 215, 264, 265, 277, 280, 283)

45. En el ap. 215 de la Decisión se señala que la prueba documental muestra que los contactos fueron más allá del mero intercambio de información general de mercado con ocasión de contactos esporádicos con competidores. Por el contrario, los contactos constituyeron acuerdos ("agreements") a través de los cuales los participantes coordinaron su comportamiento futuro en materia de precios y desvelaron los unos a los otros factores relevantes para su futuro comportamiento sobre precios través de contactos regulares.

46. En este sentido, La Comisión, a la vista de las alegaciones de Scania, toma en consideración la Comunicación de la Comisión relativa a las *Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal* (OJ C 11, 14.1.2011, p. 1-72). Las directrices, en su ap. 57, reconocen que el intercambio de información entre competidores "es una característica común a muchos mercados competitivos y que tal intercambio puede generar diversos tipos de mejoras de eficiencia. Por ejemplo, las empresas mejoran a menudo su eficiencia interna a partir de una comparación con las mejores prácticas de las demás".

47. Ahora bien, la propia Comisión advierte que las Directrices de acuerdos horizontales no refieren en ningún momento que el intercambio de precios futuros o el incremento de precios brutos futuros con finalidad de coordinación pueda ser considerado como un medio legítimo a los efectos obtener beneficios en términos de eficiencia (ap. 260). Aquí, la Comisión recuerda que, "en principio, el precio de un producto es el parámetro más sensible desde el punto de vista competitivo. Por lo tanto, *una divulgación o un intercambio mutuo de información sobre los precios futuros es capaz de eliminar la incertidumbre estratégica*, a menos que comprenda datos objetivos del mercado" (ap. 262.) Más allá de que no existe una explicación alternativa razonable por parte de Scania relativa a la razón por la que los principales fabricantes de camiones del EEE, se reunieron de forma regular y frecuente para intercambiar con información sensible se advierte que " *la precisión y el detalle de la información intercambiada entre las partes superaba con creces todo lo que éstas podían obtener del mercado*. Las hojas de Excel recopiladas daban información sobre la evolución futura de los precios del mercado en los meses siguientes con un nivel de precisión que no podía obtenerse del mercado a través de ninguna otra fuente que los contactos colusorios con los competidores" (280).

48. La Comisión Europea dedica también especial atención al valor de los precios brutos de lista. La comisión, en los apartados 283 y 284, señala lo siguiente:

"En primer lugar, las partes operan en un mercado que está muy concentrado -las partes poseen conjuntamente más del 90% del mercado europeo de camiones medianos y pesados (véase el considerando 22)- y que es muy transparente" (existencia de asociaciones comerciales, registros de acceso público que permiten conocer, por ejemplo, matriculaciones de camiones, pedidos, plazos de entrega o niveles de existencia). Dado el nivel de transparencia, "los competidores están en condiciones de comprender en gran medida la situación de los pedidos de los demás, así como la utilización de la capacidad de producción".

De ahí que, "uno de los pocos factores de importancia en materia de precios en el sector de los camiones que seguía siendo incierto era si la política oficial de precios de los respectivos competidores iba a cambiar y, en caso afirmativo, por qué y en qué momento".

49. Otro factor de incertidumbre era la introducción de nuevos modelos y los precios iniciales de dichos modelos en particular en relación con las nuevas normativas EURO a las que los fabricantes tenían que adaptar los modelos. " *En un entorno competitivo, los competidores se esfuerzan por adelantarse presentando una tecnología más avanzada*".

50. Además, el intercambio de otra información sensible desde el punto de vista de la competencia, como los plazos de entrega y las cifras de existencias, permitió a las partes recibir factores de la planificación de la producción de sus competidores.

B. descripción de la conducta.

51. Los fabricantes de camiones incurrieron en prácticas colusorias que implican tanto acuerdos (*agreements*) como prácticas concertadas (*concerted practices*) con el fin de sustituir los riesgos de la competencia por la cooperación práctica entre ellas desde el 17 de enero de 1997 hasta el día 18 de enero de 2011 en todo el EEE. El cártel tiene carácter secreto. Se trata de una cuestión evidente por cuanto, de lo contrario, no se podría haber accedido al programa de clemencia (véase al respecto la *Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel*; 2006/ C 298/11)

52. Se discute, con todo, si nos encontramos ante un "hard-core" cártel en la medida en que no se ha acreditado que existieran medidas de sanción entre los propios cartelistas, esto es, en la medida en que no se ha acreditado la existencia de una estructura y código de castigo de aquellos cartelista que se desviaran del pacto alcanzado. Es cierto que la discusión ha existido en la literatura económica. Es cierto, por otra parte, que un "naked" cártel, debe ser considerado "hard-core" y, por ende, sometido a una prohibición *per se*. Esto es, en aquellos casos en los que la conducta no es accesoria de una actividad productiva cooperativa entre los competidores que pueda generar eficiencias en el mercado, nos encontraremos ante una restricción "dura" de la competencia y, por ello, con una prohibición *per se*.

53. La esencia del cártel "hard-core" no reside, por tanto, en la existencia de determinados instrumentos de coerción al cumplimiento del pacto, sino en el objeto y carácter de la conducta. Es cierto que la Decisión de la Comisión no emplea en ningún momento la expresión "Price-fixing". Sin embargo, la conducta se proyecta sobre uno de los de los parámetros más sensibles de la competencia en el mercado: el precio. Al mismo tiempo, es un cártel secreto, que sí es una característica distintiva del mismo.

54. La fijación *directa* del precio de venta al público no es la única violación del núcleo duro de las normas de competencia que se puede cometer. Anunciar los precios futuros de forma sistemática y no exclusivamente con ocasión de cambios normativos que implican incrementos de costes para los competidores, intercambiar información desagregada de precios por producto, coordinar la estrategia entre las firmas de forma que se

incremente la posibilidad de observación de precios entre los vendedores, como sucedía con el intercambio de los configuradores, al tiempo que se restringía la transparencia a los compradores (no publicidad del precio neto final), son ejemplos paradigmáticos de conductas dirigidas a facilitar la colusión, conductas que no pueden sino ser consideradas como infracciones "hard-core" de las normas de competencia.

55. Las prácticas colusorias tenían por objeto el intercambio de información sobre precios y los aumentos de precios brutos en el EEE para los camiones medianos (camiones de entre 6 y 16 toneladas) y pesados (de más de 16 toneladas) así como el intercambio de información sobre el calendario y la repercusión de los costes de la introducción de las tecnologías de emisiones para los camiones medianos y pesados exigidas por las normas EURO 3 a 6. Quedan excluidos los camiones de uso militar. No consta que las prácticas colusorias alcanzaran a mercados conexos como son la posventa, y otros servicios y garantías para camiones, a la venta de camiones usados o a cualquier otro bien o servicio vendido por los destinatarios de Decisión.

56. En un mercado descrito como "altamente transparente" por la Comisión Europea, los fabricantes de camiones decidieron eliminar la incertidumbre existente sobre los pocos factores de incertidumbre que existían, como era la política oficial de precios de los respectivos competidores, tanto en relación a si la misma iba a cambiar y, en caso afirmativo, por qué y en qué momento. Datos particularmente relevantes, especialmente en un entorno de constante adaptación tecnológica a los nuevos estándares medioambientales exigidos por la Unión Europea.

57. Por tanto, nos encontramos ante una flagrante vulneración del derecho de la competencia comunitaria, realizada de forma deliberada, consciente y secreta por parte de los principales fabricantes de camiones medios y pesados del EEE durante 14 años. En consecuencia, las prácticas colusorias deben ser consideradas infracciones duras o *hard-core* de las normas de competencia.

58. En este sentido, no tiene relevancia, a los efectos prácticos, que la conducta haya sido calificada de *agreement* o de *concerted practices*. La propia Comisión en la Decisión de 19 de julio de 2016 emplea la expresión "*collusive arrangements*" para referirse a la conducta colusoria llevada a cabo por los infractores. Conducta que en ambas decisiones se describe como una infracción compleja del artículo 101 TFUE.

59. La práctica colusoria se define como acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas entre empresas. El TJUE señalaba en Asnef-Aequifax [2006] (Aunto C-238/05 Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL c Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc) [2006] de 23 de noviembre; ECLI: EU:C:2006:734) que "si la disposición de que se trata distingue el concepto de 'práctica concertada' del de 'acuerdos entre empresas' o del de 'decisiones de asociaciones de empresas', lo hace con objeto de someter a las prohibiciones de esta disposición diferentes formas de coordinación y de colusión entre empresas [citas omitidas]. [...Por] lo tanto, una calificación precisa de la naturaleza de la cooperación controvertida en el litigio principal no puede modificar el análisis jurídico que se impone en virtud del artículo 81 CE" (Asnef-Aequifax [2006] ap. 32) .

60. En cuanto al concepto de *acuerdo entre empresas*, el Tribunal de Primera Instancia, en Bayer AG [2000] (Asunto T-41/96 Bayer AG c. Comisión de las Comunidades Europeas [2000] de 26 de octubre; ECLI: EU:T:2000:242), recordaba que "cuando una decisión tomada por un fabricante constituye un comportamiento unilateral de la empresa, esta decisión es ajena a la prohibición del artículo 85, apartado 1, del Tratado [citas omitidas]" (ap 66). En todo caso, "para que exista acuerdo a efectos del artículo 85, apartado 1, del Tratado basta con que las empresas de que se trate hayan expresado su voluntad común de comportarse de una determinada manera en el mercado [citas omitidas]" (ap. 67). "Por lo que respecta a la forma de expresión de dicha voluntad común, basta con que una estipulación sea la expresión de la voluntad de las partes de comportarse en el mercado de conformidad con sus términos [citas omitidas] sin que sea necesario que constituya un contrato obligatorio y válido conforme al Derecho nacional" (ap. 68). "De ello resulta que el concepto de acuerdo en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado, tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia, se basa en la existencia de una concordancia de voluntades entre por lo menos dos partes, cuya forma de manifestación carece de importancia siempre y cuando constituya la fiel expresión de tales voluntades" (ap. 69).

C. La conducta abarca a todo el EEE y no solamente al mercado alemán.

61. Es hecho probado que los contactos colusorios mantenidos por los fabricantes en el periodo 1997-2010 tuvieron lugar en forma de reuniones periódicas (además de intercambios regulares a través de correos electrónicos y llamadas telefónicas) entre altos directivos de las sedes centrales de los cartelista. Las sedes centrales de los fabricantes participaron directamente en el debate sobre los precios, los aumentos de precios y la introducción de nuevas normas de emisión hasta 2004. A partir de agosto de 2002, por lo menos, las discusiones tuvieron lugar a través de las filiales alemanas.

62. No obstante, la propia Comisión señala que estas filiales informaban "en mayor o menor medida" a su sede central (ap. 49 Decisión [2016]). Esto es, el cambio que se produce en la operativa del cártel no afecta al mercado geográfico de referencia sino al nivel al que se realizan los intercambios de información. Desconocemos la razón concreta por la que los intercambios se operan a través de las filiales alemanas a partir de 2004. Sin embargo, nada en las decisiones de la Comisión nos lleva a determinar que la conducta observada a partir de 2004 se circunscriba únicamente al mercado alemán. Todo lo contrario, en el ap. 54 se describe como tras la introducción del euro y con la introducción de listas de precios paneuropeas, la mayor parte de los fabricantes comenzaron a *"intercambiar sistemáticamente sus respectivos aumentos de precios brutos previstos a través de sus filiales alemanas mientras que los contactos colusorios a nivel de altos directivos de la sede central continuaron en paralelo entre 2002 y 2004"*. En este sentido, el mayor nivel de transparencia introducido por el euro y la introducción de las listas de precios paneuropeas pudieron aconsejar reuniones a niveles inferiores, precisamente como parte de la estrategia colusoria y secreta que los integrantes del cártel venían observando desde el año 1997 al reducirse los costes de organización y de detección.

63. La propia Comisión Europea reconoce el carácter paneuropeo del cártel a partir del año 2004. Así, el ap. 74 de la Decisión de 19 de julio de 2016, señala que *"aunque a partir de 2004 los contactos colusorios tuvieron lugar entre las filiales alemanas y no entre las sedes centrales, dichos contactos tenían, no obstante, el mismo objeto que las reuniones anteriores entre representantes de las sedes centrales, a saber, el falseamiento de la fijación independiente de precios y de la evolución normal de los precios de los camiones en el EEE. Así lo demuestra el hecho de que las conversaciones entre los representantes de las filiales alemanas siguieron abordando los mismos temas y de la misma manera que en otras reuniones anteriores en las que participaron representantes de la sede central)"*. En el mismo sentido, el ap. 75 señala que el objeto de la conducta colusoria observada a partir de 2004 continuaba siendo la de obtener un conocimiento sobre las estrategias de sus competidores mayor que la información de mercado de la que podían disponer. Dicho conocimiento se obtenía mediante los intercambios de lista de precios brutos aplicables a todo el EEE a través de las filiales alemanas. *"Al intercambiar las listas de precios brutos aplicables en todo el EEE, los destinatarios estaban en mejores condiciones de comprender, a partir de la información sobre el aumento de precios intercambiada por las filiales alemanas, la estrategia de precios europea de cada uno de ellos, de lo que habrían estado únicamente sobre la base de la información de mercado de que disponían"*.

64. En este sentido, la colusión a través de las filiales alemanas (perfectamente integradas respecto de la sede central) reducía las posibilidades de detección por parte de las autoridades de competencia a la vez que facilitaba la organización del cártel. Los miembros del cártel eran conocedores del carácter ilícito de su conducta como demuestra el hecho de que tratase con desconfianza a los nuevos miembros (ap. 95 Decisión Scania [2017])

65. Con todo, la propia Decisión de la Comisión explicita claramente que el alcance geográfico de la infracción abarcó todo el EEE durante todo el tiempo que duró la infracción. Por tanto, dicho extremo no puede ser desconocido en esta sede.

D. La conducta no puede ser considerada como "mero intercambio de información" de carácter inocuo

66. Sin perjuicio de que la cuestión es desarrollada en mayor medida en la Decisión Scania [2017] lo cierto es que la conducta descrita no puede ser considerada como mero intercambio de información. El hecho de que se pretenda calificar la conducta como "mero intercambio de información" supone desconocer la naturaleza ilícita de la conducta observada y es contrario al contenido de la Decisión [2016]. De haber sido un mero intercambio de información, no habría sido sancionado.

67. En primer lugar, si bien las *Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal* (ap.57), reconocen que el intercambio de información entre competidores "es una característica común a muchos mercados competitivos" y que tal intercambio "puede generar diversos tipos de mejoras de eficiencia", no existen pruebas de que los integrantes del cártel pretendieran la búsqueda de eficiencias. Tampoco existen pruebas de que las generaran.

68. La estrategia colusiva tenía carácter secreto y, mientras se intercambiaban los precios brutos de lista y los incrementos futuros de precios brutos, así como otra información sensible que les permitía anticipar las estrategias de sus competidores, el cártel se preocupaba de no dar publicidad a los precios netos incluso cuando estos eran requeridos por revistas especializadas del sector de la automoción. Aludían a la práctica establecida, a la tradición o, lo que es lo mismo, al acuerdo implícito entre los cartelista. El concepto de acuerdo en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado, tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia, se basa en la existencia de una concordancia de voluntades entre por lo menos dos partes, cuya forma de manifestación carece de importancia siempre y cuando constituya la fiel expresión de tales voluntades (Bayern AG [2000] ap. 69). La presencia del acuerdo se puede advertir tanto cuando el mismo se alcanza de

forma expresa como tácitamente (Asunto C-277/87 Sandoz prodotti farmaceutici SpA contra Comisión de las Comunidades Europeas [1990] de 11 de enero; ECLI: EU:C:1989:363)

69. Al mismo tiempo, existe una correlación evidente entre los incrementos de precios y los cambios normativos medioambientales exigidos por la Unión Europea en relación con la normativa EURO 3 a 6. En este sentido, se pactan los calendarios y la repercusión de los costes de la introducción de las tecnologías. En un mercado altamente transparente, la revelación de información sensible entre los competidores que no se puede obtener mediante la información de mercado disponible es ejemplo paradigmático de sustitución voluntaria de los riesgos de la competencia por los beneficios de la cooperación práctica entre las empresas. Es un ejemplo paradigmático de cártel.

70. No existe ningún dato que permita afirmar que tal mejora de eficiencia se produjera; tampoco que fuera buscada legítimamente por los integrantes del cártel. Hasta el momento, ninguna explicación en este sentido se ha ofrecido. Por otra parte, el intercambio de precios bruto de lista y de incrementos de los precios brutos de lista, aun prefijados, no puede considerarse un medio legítimo para lograr mejoras de eficiencia. Todo lo contrario, el precio es el parámetro más sensible desde el punto de vista competitivo. "Por lo tanto, una divulgación o un intercambio mutuo de información sobre los precios futuros es capaz de eliminar la incertidumbre estratégica, a menos que comprenda datos objetivos del mercado" (ap. 262 Decisión Scania [2017]) Más allá de que no existe una explicación alternativa razonable por parte de Scania relativa a la razón por la que los principales fabricantes de camiones del EEE se reunieron de forma regular y frecuente para intercambiar información sensible, se advierte que "la precisión y el detalle de la información intercambiada entre las partes superaba con creces todo lo que éstas podían obtener del mercado. Las hojas de Excel recopiladas daban información sobre la evolución futura de los precios del mercado en los meses siguientes con un nivel de precisión que no podía obtenerse del mercado a través de ninguna otra fuente que los contactos colusorios con los competidores" (280).

71. Cuestión distinta es que el intercambio de los precios brutos de lista prefijados, así como de los futuros incrementos de precios brutos y otra información sensible, haya provocado un incremento de los precios netos de venta al público. Dicha cuestión, sin embargo, no se relaciona con la naturaleza de la infracción, que es una restricción por objeto sancionada al amparo del artículo 101.1.a) TFUE, sino con las cuestiones conexas de la causalidad y el daño. Serán analizadas a continuación.

SÉPTIMO.- presupuestos de la acción de daños.

72. El artículo 1902 del Código Civil dispone que *el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*. Los elementos de la responsabilidad civil extracontractual en nuestro derecho serán: a) acción u omisión culposa o negligente; b) daño antijurídico; c) relación de causalidad e imputación objetiva.

73. Por la importancia que tendrá para el presente asunto, debemos recordar, igualmente, las reglas generales en materia de carga de la prueba. El artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece tales reglas generales que, en esencia, son las siguientes: a) Corresponde al actor [...] la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda [...] e b) Incumbe al demandado [...] la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior. No existe, como es de suponer, una regla concreta para las reclamaciones de daños derivados de ilícitos anticompetitivos.

74. El artículo 217 contiene además reglas complementarias que permiten aliviar la carga que ha de soportar cada una de las partes en todo tipo de procesos atendiendo a la *facilidad y disponibilidad probatoria*, esto es, la capacidad real que tiene la parte de probar los hechos alegados. Así, el apartado 7 señala que *para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio*.

75. Por su parte, el TJUE en Asunto C-267/20 - *Volvo y DAF Trucks* [2022] de 22 de junio (ECLI: EU:C:2022:494) ha clarificado que la presunción del daño por cartel *el artículo 17, apartado 2, de la Directiva 2014/104 debe interpretarse en el sentido de que constituye una disposición sustantiva a efectos del artículo 22, apartado 1, de esta Directiva y de que en su ámbito de aplicación temporal no está comprendida una acción por daños que, aunque fue ejercitada con posterioridad a la entrada en vigor de las disposiciones que transpusieron tardíamente dicha Directiva al Derecho nacional, se refiere a una infracción del Derecho de la competencia que finalizó antes de que expirara el plazo de transposición de tal Directiva*.

76. No obstante lo anterior, como señalábamos al inicio de la presente sentencia, los artículos 101 y 102 TFUE son disposiciones de orden público comunitario que generan derechos en favor de los justiciables, derechos

que integran de forma directa el patrimonio jurídico de los particulares y que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar. Entre estos derechos se encuentra el derecho a la reparación del daño causado por las conductas contrarias a dichos artículos. En particular, en el Asunto *Courage* [2001], el TJUE señalaba que la plena eficacia del artículo 101.1 TFUE se vería *en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia*. En cuanto a los elementos de la responsabilidad, el TJUE lo enunciaba en *Manfredi* [2006]:

- a) existencia de una conducta prohibida por los artículos 101 o 102 TFUE. La apreciación del ilícito se realiza conforme a las mismas exigencias requeridas para las autoridades de competencia.
- b) existencia de un daño, que incluirá tanto el daño emergente como el lucro cesante así como los intereses.
- c) relación de causalidad entre el daño y la conducta prohibida.

77. Al no resultar de aplicación la Directiva ni su norma de trasposición, ante la inexistencia de una normativa comunitaria en esta materia, dichos derechos habrán de ser reconocidos conforme al ordenamiento jurídico nacional, siempre que dicha regulación no sea menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad). Por tanto, sobre tales presupuestos deberemos aplicar los artículos 1902 CC y 217 LEC.

78. Finalmente, y a modo de introducción para el desarrollo que realizaremos a continuación, el presente caso ofrece dos problemas indisolublemente ligados. Por un lado, la existencia misma del daño, en el sentido de un incremento de precios respecto de un escenario competitivo contrafactual de carácter hipotético; por otro, la existencia de una relación de causalidad entre el daño y la conducta de los infractores.

OCTAVO.- La existencia de daño y causalidad material.

I. El daño y la causalidad desde el Derecho comunitario: el Derecho nacional a la vista del principio de efectividad comunitario.

79. Ya hemos señalado que en *Courage* [2001] y *Manfredi* [2006] el Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconocía el derecho de resarcimiento por prácticas anticompetitivas. Dicho derecho dependía de la concurrencia de los elementos clásicos del derecho de daños: una infracción, un daño y una relación de causalidad entre los anteriores. En cuanto al reconocimiento de daños, si bien la falta de instrumentos comunitarios que desarrollaran tal derecho provocaba que el mismo debe ser reconocido conforme a las reglas de Derecho nacional, ello debería hacerse siempre sobre la base del respeto a los principios de equivalencia y efectividad. En los mismos términos se pronunciará respecto de otro de los elementos de la responsabilidad: la relación de causalidad. Así, el Tribunal de Justicia, en el Asunto *Kone* [2014], recordando a su vez su pronunciamiento previo en *Manfredi* [2006], señalaba que cualquier persona tiene derecho a solicitar la reparación del daño sufrido "cuando exista una relación de causalidad entre dicho daño y el acuerdo o la práctica prohibidos por el artículo 101 TFUE" (ap. 22). Ante la ausencia de una normativa que regulara la cuestión a nivel comunitario le "corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las modalidades de ejercicio del derecho a solicitar la reparación del daño resultante de un acuerdo o práctica prohibidos por el artículo 101 TFUE, incluyendo lo relativo a la aplicación del concepto de "relación de causalidad", siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad" (ap. 24). En relación con el principio de efectividad, el TJUE incidía en que la aplicación de las reglas nacionales "no deben menoscabar la aplicación efectiva de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE" (ap. 26).

II. Breves notas sobre el problema de la causalidad en Derecho español: la causalidad material como juicio probabilístico y el principio de eficacia comunitario.

80. Dice ROCA TRÍAS que "la causalidad es una de las cuestiones más difíciles de determinar, puesto que en muchas ocasiones, en la producción del resultado no concurre un único acontecimiento, ni una sola persona" (ROCA TRÍAS, Encarna. Responsabilidad por incumplimiento de contrato y responsabilidad extracontractual. En: ROCA TRÍAS, Encarna y NAVARRO MICHEL, Mónica. Derecho de daños. Textos y Materiales. 6ª Ed. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011. p. 171) En el mismo sentido De ANGEL YAGÜEZ señala que "la concatenación de los acontecimientos puede ser tan compleja que corre el riesgo, a veces, o de perder el hilo de su interrelación, o de considerar que esta es irrelevante a efectos de responsabilidad." (en SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (coord.) Tratado de responsabilidad civil. Tomo I. Ed. Bosch. 2008. pag. 414). Reflexiones que se formulaban pensando en la casualidad en general y no en los problemas que pueden derivarse en las acciones de daños y perjuicios por ilícitos antitrust. Mucho menos en un mercado en el que el precio final al consumidor depende de un alambicado proceso aguas arriba hasta llegar al precio bruto de lista fijado por el fabricante.

81. La STS, Civil sección 1 del 9 de octubre de 2008 (ROJ: STS 5445/2008 - ECLI:ES:TS:2008:5445) señalaba que "actualmente se distingue entre casualidad material y causalidad jurídica que vendrían a determinar dos estadios consecutivos de apreciación causal. Se trata, con ello, de construir la causalidad según una visión jurídica, asentada sobre juicios de probabilidad formados con la valoración de los demás antecedentes causales y de otros criterios, entre ellos el que ofrece la consideración del bien protegido por la propia norma cuya infracción atribuya antijuridicidad al comportamiento fuente de responsabilidad". [...] Es cierto que las aproximaciones en torno a la teoría de la *condictio sine qua non* fueron superadas posteriormente por las tesis de la casualidad adecuada y los actuales planteamientos de imputación objetiva pero, en el caso de daños antitrust, la vulneración de una norma constitutiva de los principios de mercado torna ocioso plantearse problemas de imputación objetiva. Al menos en este estadio. De acreditarse un daño, lo cierto es que la imputación objetiva podría venir de suyo, dada la infracción constatada por la Comisión Europea del artículo 101 TFUE y que, en este caso, se trata de un daño generado aguas abajo (ni siquiera del efecto *paraguas* que se analizaba en *Kone* [2014], admitido finamente). La cuestión, en esencia, se plantea en relación a la existencia de un daño y la relación de causalidad material respecto de la conducta de los infractores. Cuestiones a las que deberemos dar respuesta conjuntamente dado que la parte demandada niega que la conducta realizada por los infractores fuera apta para generar un daño, así como que el daño se haya llegado a producir.

III. La aptitud de los demandados para generar un incremento de los precios de mercado. La prueba de presunciones. El valor de las presunciones. El posible incremento de precios a consecuencia de la conducta del cártel.

82. Con carácter previo, resulta necesario destacar que nuestra posición en la SJM, Alicante Mercantil sección 1 del 04 de marzo de 2022 (ROJ: SJM A 2175/2022 - ECLI:ES:JMA:2022:2175) se ha visto parcialmente confirmada por las SSTs de 12-14 de junio de 2023 (ut supra).

83. En efecto, el Tribunal Supremo ha confirmado tanto el recurso a la prueba de las presunciones como su alcance, si bien existe una discrepancia, nimia a nuestro juicio, en cuanto a la naturaleza misma de la presunción. En este sentido, si bien la SJM, Alicante Mercantil sección 1 del 04 de marzo de 2022 (ROJ: SJM A 2175/2022 - ECLI:ES:JMA:2022:2175) construía la presunción de daño sobre la doctrina *in re ipsa*, el Tribunal Supremo ha optado por la presunción judicial del daño ex 386 LEC, si bien, no descarta la aplicación de la doctrina *in re ipsa* en los daños por cartel (señala que es discutible la aplicación al caso concreto pero no lo descarta).

84. Lo anterior resulta de importancia tangencial. Al no descartar la posible aplicación de la doctrina *in re ipsa*, la naturaleza de la infracción será relevante a los efectos de determinar la posible aplicación de la citada doctrina sin que ello suponga una contradicción del Derecho nacional.

85. En definitiva, como hemos defendido en otras ocasiones, la existencia de un procedimiento de daños por ilícitos anticompetitivos poco maduro, con una gran dispersión jurisdiccional (lo que es de hecho criticado *obiter dicta* por el TJUE en el Asunto C- 30/20 AB Volvo -ECLI: EU:C:2021:604-) y sin normas procesales adecuadas, conlleva consecuencias de alcance constitucional en detrimento de los perjudicados.

86. *Ubi ius, ibi remedium*. Ya Puchta había señalado que la acción es el Derecho en pie de guerra. O, parafraseando a Van Gerven, no basta el reconocimiento de un derecho, sino que es necesario articular remedios y procedimientos efectivos que permitan su reclamación. Pues bien, si el derecho subjetivo se despoja de remedios y procedimientos efectivos, se desarma al individuo, titular último del derecho que, desde el mismo momento de su reconocimiento, queda integrado en su patrimonio (Courage [2001], Manfredi [2006]).

87. Todo lo anterior, ha de ser cohonestado y articulado en un ejercicio coherente de tutela judicial pues, solo en este caso, podrá ser verdaderamente efectiva (art. 24 CE, art. 47 CDFUE, 8 CEDH).

A. naturaleza de la infracción: objeto y no efecto.

88. Los principales fabricantes de camiones en el EEE, con una cuota conjunta del 90%, han sido sancionados por la Comisión de una infracción por objeto contraria al artículo 101.1.a) TFUE.

89. En las *restricciones por objeto* es indiferente de la voluntad real de las partes; basta con que, de acuerdo con el contexto jurídico y económico de los acuerdos, los mismos supongan una restricción de la competencia. De esta forma, "para apreciar el carácter contrario a la competencia de un acuerdo, procede examinar particularmente el contenido de sus disposiciones, la finalidad objetiva que pretende alcanzar, así como el contexto económico y jurídico en que se inscribe" por lo que, "si bien la intención de las partes no constituye un elemento necesario para determinar el carácter restrictivo de un acuerdo, nada impide a la Comisión o a los órganos jurisdiccionales comunitarios tenerla en cuenta" (Asuntos acumulados C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P GlaxoSmithKline Services Unlimited contra Comisión de las Comunidades Europeas (C-501/06 P) y Comisión de las Comunidades Europeas c. GlaxoSmithKline Services Unlimited (C-513/06 P) y

European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEP) c. Comisión de las Comunidades Europeas (C-515/06 P) y Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar) c. Comisión de las Comunidades Europeas (C-519/06 P) [2009] de 6 de octubre (ECLI: EU:C:2009:610), ap. 58.)

90. Sin embargo, "aun cuando se demuestre que las partes de un acuerdo actuaron sin intención subjetiva alguna de restringir la competencia, sino con el propósito de remediar los efectos de una crisis sectorial, tales consideraciones carecen de pertinencia en la aplicación de dicha disposición" (Asunto C-209/07 Competition Authority contra Beef Industry Development Society Ltd y Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd. [2008] de 20 de noviembre (ECLI: EU:C:2008:643), ap. 21.) Lo que importa es el fin objetivo del acuerdo y no el fin práctico buscado por las partes.

91. En el caso de que el acuerdo no tenga por objeto la restricción de la competencia, será necesario llevar a cabo un análisis de sus efectos concretos en el mercado (Beef Industry [2008] Ap. 15). No resulta necesario, en este caso, analizar los concretos efectos del acuerdo (Asunto C-8/08 T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV y Vodafone Libertel NV c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit [2009] de 4 de junio; ECLI: EU:C:2009:343). El TJUE ha señalado, así que en ocasiones la ponderación de los efectos concretos es superflua. Esta posición de carácter formal no está exenta de cuestionamientos. El TPI, en *GlaxoSmithKline* [2006], intentó un enfoque basado en los efectos con carácter general para todas las conductas, intento que fue rechazado tajantemente por el TJUE en su sentencia del 2009. Véase Asunto T-168/01 *GlaxoSmithKline Services Unlimited* contra Comisión de las Comunidades Europeas [2006] de 27 de septiembre. (ECLI: EU:T:2006:265) y *GlaxoSmithKline Services Unlimited* contra Comisión de las Comunidades Europeas (C-501/06 P) y Asuntos acumulados C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P Comisión de las Comunidades Europeas c. *GlaxoSmithKline Services Unlimited* (C-513/06 P) y *European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEP) c. Comisión de las Comunidades Europeas* (C-515/06 P) y *Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar) c. Comisión de las Comunidades Europeas* (C-519/06 P) [2009] de 6 de octubre (ECLI: EU:C:2009:610).

92. Basta, por tanto, el impacto potencial que una determinada conducta haya podido tener en el mercado, de manera que los efectos en el mercado serán relevantes solo en orden a determinar la multa o los daños que podrían haber sido sufridos por las víctimas (T-Mobile [2009]). Dicha potencialidad, con todo, habrá de ser significativa. En efecto, la restricción ha de ser sensible lo que excluiría los acuerdos de menor importancia o las restricciones accesorias (véanse Asunto C-5/69 *Franz Völk* contra S.P.R.L. *Ets J. Vervaecke* [1969] de 9 de julio; ECLI: EU:C:1969:35 y Asunto C-226/11 *Expedia Inc. c. Autorité de la concurrence et. al.* [2012] de 13 de diciembre; ECLI: EU:C:2012:795).

93. Es necesario recordar que, la razón por la que las autoridades de Competencia se encuentran dispensadas de la obligación de acreditar los efectos en el mercado, en el caso de las restricciones por objeto, se deriva de la propia naturaleza de las mismas, por lo que ninguna conclusión favorable a los infractores puede resultar al respecto. Más bien al contrario.

94. Por razón de su naturaleza, determinadas prácticas colusorias son altamente hostiles para el mantenimiento de la competencia en el mercado por lo que el legislador europeo ha decidido someterlas a una prohibición *per se*. Y, sin perjuicio de que cualquier práctica sancionada al amparo del ap. 1 del artículo 101 TFUE puede ser considerada a la luz del ap. 3, lo cierto es que es altamente improbable que una restricción *hard-core* pueda ampararse en el mismo. Dicha naturaleza deberá ser considerada, también, en una correcta aplicación privada de la competencia.

95. El hecho de que nos encontremos ante una restricción por objeto, esto es, de aquellas que por su propia naturaleza y sin necesidad de indagar en los concretos efectos son aptas para restringir la competencia en el mercado, será importante en orden a la carga de la prueba, el juego de las presunciones y los estándares probatorios requeridos; pero en modo alguno puede de tal naturaleza advertirse una consecuencia más favorable para los infractores. El argumento, de aceptarse, sería perverso y legalmente inaceptable puesto que supondría beneficiar al infractor que ha cometido las conductas más gravemente imaginables.

B. la fijación del precio en el mercado de camiones.

96. Las dificultades probatorias que enfrentamos en el presente caso no son nuevas. En muchas industrias los intercambios se refieren a precios de lista que no son los precios reales abonados por los destinatarios finales, ni siquiera los precios abonados en los escalones intermedios, en la medida en que los precios de lista son sometidos a descuentos que varían entre los diferentes clientes. Debe además entenderse por cliente, tanto el distribuidor, el concesionario, como el comprador final, pues en todos los tramos existen descuentos. Por ello, y como hemos señalado anteriormente, el precio final neto pagado depende de un proceso complejo. No se trata de una simple cadena de valor en la que cada operador aguas abajo incrementa el precio pagado (coste) en su margen comercial. No existe una relación mimética entre el precio bruto de lista y el PVP. La Comisión

en Scania [2017] advertía que "el impacto real de un cambio de precio en una venta concreta dependerá de un número importante de factores que, en gran medida, vendrán determinados por las negociaciones con el usuario final. Por lo tanto, es posible que un cambio en un nivel de precios concreto no tenga, al final, ningún efecto o sólo uno mínimo en el precio final para el cliente" (ap. 38) Ello supone que un incremento de precios a nivel de los precios brutos de lista no tiene una traslación automática y directamente proporcional con los precios de venta al público. La propia Comisión Europea señala que "[...] *los precios finales pagados por los clientes finales pueden diferir (por ejemplo, en virtud de la aplicación de diferentes descuentos en los distintos niveles de la cadena de distribución)*" (Ap. 38).

97. Ahora bien, la Comisión Europea no determina, ni que el nivel de precios no fuera superior al precio competitivo dadas las condiciones del mercado, ni que dicho nivel de precios superior no fuera debido las prácticas anticompetitivas objeto de sanción. Esto es, simplemente admite que, en ocasiones, puede que el impacto real de un cambio en el precio de lista no sea apreciable para el cliente final.

C. *El cártel de los camiones y el juego de las presunciones de daños.*

98. A los efectos que aquí nos interesan, el demandante, que tiene la carga de la prueba del daño, puede contar con dos sistemas de presunciones. Por una parte, se puede beneficiar de la doctrina *in re ipsa*; por otro lado, si lo anterior no es admisible, la construcción podría partir del artículo 386 LEC. Con todo, la diferencia se encuentra en que, de optarse por la segunda opción, será necesaria la motivación del enlace preciso y directo que existe entre el hecho admitido y el hecho presumido (386.1 LEC) toda vez que en ambos casos nos enfrentamos a presunciones *iuris tantum* contra las que cabe prueba en contrario. De esta forma la regla del ap. 2 del artículo 286 LEC no es distintiva.

99. Dos son las cuestiones:

a) la primera si el cártel supuso el incremento de precios;

b) la segunda, si dicho incremento fue repercutido al comprador indirecto a través de la cadena de distribución.

100. La Directiva de Daños antitrust 2014/104/UE ha venido a superar algunas dificultades probatorias al considerar que *para corregir la asimetría de información y algunas de las dificultades asociadas a la cuantificación del perjuicio ocasionado en casos de Derecho de la competencia y con el fin de garantizar la eficacia de las reclamaciones de daños y perjuicios, conviene presumir que las infracciones de cártel provocan un perjuicio, en particular a través de un efecto sobre los precios. Dependiendo de las circunstancias del asunto, los cárteles producen un incremento de los precios o impiden una reducción de los precios que se habría producido, de no ser por el cártel. Esta presunción no debe abarcar el importe preciso del daño. Se debe permitir al infractor que refute la presunción. Conviene limitar esta presunción iuris tantum a los cárteles, dada su naturaleza secreta, lo que aumenta la asimetría de información y dificulta a los demandantes la obtención de las pruebas necesarias para acreditar el perjuicio.* (considerando 47). La presunción se recoge posteriormente en el artículo 17.

101. Por otra parte, y en relación con el comprador indirecto, la Directiva recoge una segunda presunción (artículo 14): se presume la repercusión íntegra del sobrecoste si a) *el demandado ha cometido una infracción del Derecho de la competencia; b) la infracción del Derecho de la competencia tuvo como consecuencia un sobrecoste para el comprador directo del demandado; c) el comprador indirecto adquirió los bienes o servicios objeto de la infracción del Derecho de la competencia, o adquirió bienes o servicios derivados de aquellos o que los contuvieran.*

102. Vemos, por tanto, que el cártel se enfrenta a una doble presunción. La primera, además, puede jugar como antecedente lógico de la segunda, de forma que el cártel se enfrenta, realmente, a una concatenación de presunciones. En efecto, si se presume el daño a consecuencia de la existencia del cártel, en el marco de la acción *follow-on*, la presunción del artículo 14 se activará siempre que se acredite que el comprador indirecto adquirió los bienes o servicios cartelizados dado que las dos primeras condiciones se habrán cumplido ya.

103. Como hemos señalado con anterioridad, al no resultar de aplicación la Directiva ni su norma de trasposición, ante la inexistencia de una normativa comunitaria en esta materia, el derecho al resarcimiento de daños habrá de ser reconocido conforme al ordenamiento jurídico nacional, siempre que dicha regulación no sea menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad).

D. *Presunción de daño, ex 386 LEC: SSTs de 12-14 de junio de 2023* .

104. En anteriores resoluciones habíamos defendido la doctrina *in re ipsa* en la presunción del daño por cártel. El Tribunal Supremo no ha descartado en las SSTs de 12-14 de junio de 2023 la posible aplicación de la doctrina *in re ipsa*, pero opta claramente por la construcción a través del sistema de presunciones

judiciales. La cuestión ha sido objeto de una especial controversia. De hecho, la defensa de DAF ha sido en general fuertemente combativa de este aspecto, con buenos y poderosos argumentos, no obstante no ser compartidos. Lo trataremos a continuación.

105. El Tribunal Supremo opta, como decimos, por una construcción judicial de la presunción del daño partiendo de los siguientes hechos acreditados: *ha existido una infracción del Derecho de la competencia de enorme gravedad por su duración (14 años), por su extensión espacial (todo elEEE), por la cuota de mercado de los fabricantes implicados en el cártel (aproximadamente un 90%) y, debe añadirse, por la naturaleza de los acuerdos colusorios (no solo el intercambio de información sobre datos concurrenciales sensibles sino también la discusión y acuerdos sobre fijación e incremento de precios brutos).*

106. Nos aquietamos, como no podía ser de otra manera, a la construcción judicial de la presunción. Entendemos la postura del Tribunal Supremo. Es claro que la aplicación de una doctrina *in re ipsa* puede suponer elevar el estándar de prueba de los demandados, aunque sea por el efecto evocador del significativo que, en cierto sentido, supera el significado plenamente jurídico. No desconocemos la fuerza de las palabras. En Derecho mismo, hay conceptos que trascienden su conceptualización estricta (*sensu stricto*) para ofrecernos una regla mayor y más amplia (*sensu lato*). En este sentido, si el daño se presenta como resultado natural de la acción, la prueba del no-daño parece requerir de un especial esfuerzo probatorio, lo que no es sino un determinado estándar de prueba. Ello puede casuar un especial recelo (e inquietud) para los infractores, pero tal recelo es injustificado. La fuerza semántica del concepto trasciende así la regla estricta (presunción de daño) para ofrecernos además una regla sobre estándares probatorios (un estándar elevado). Quizás es este significado simbólico el que provoca el recelo que señalábamos. Sin embargo, varias son las advertencias que hemos de realizar en este sentido.

107. Tal recelo ofrece un evidente sesgo temporal. Que la aplicación del *in re ipsa* haya sido un caballo de batalla durante de estos años es incomprensible dado que, una vez sea aplicable la normativa post- Directiva 104/2014, nos veremos legalmente obligados a presumir el daño. Precisamente porque la Directiva parte de la idea de que los cárteles causan daño. Esto es, el resultado de la negociación a nivel europeo de un instrumento de tan difícil negociación como era una Directiva de daños antitrust, ha alcanzado la convicción mayoritaria de que los cárteles causan daño (considerando 41 y 47). Por tanto, la Directiva establece una diferencia entre las infracciones por cartel y las infracciones por abuso de posición de dominio (17.2 Directiva). La preocupación de la dirección letrada de la parte demandada no se presenta por tanto sobre la nueva regulación, sino sobre la correcta interpretación de nuestro Derecho nacional, sobre el alcance e interpretación del artículo 1902 CC.

108. La regla del daño *in re ipsa* es una regla jurisprudencial. Ya de inicio, no podemos compartir la posición de la defensa letrada en la medida en que tratándose de una regla de construcción jurisprudencial la misma puede ser mantenida, modificada o incluso revertida por la propia jurisprudencia, fuente de su creación. El Derecho de Daños ni comienza ni termina con el artículo 1902 CC. El propio artículo 3 del Código Civil nos obliga a considerar el contexto y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas, debiendo ser aplicadas siempre de forma equitativa.

109. Ningún precepto de Justicia se vulnera por presumir el daño *ex re ipsa*. Y si el contexto y la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada algo nos dice es que la Unión Europea ha querido poner fin a la inmaculada posición de los infractores, permitiendo las acciones de daños, tras más de seis décadas de Derecho de la Competencia en Europa. Situamos su nacimiento en el advenimiento de las primeras comunidades europeas sin olvidar que las primeras leyes de competencia son de los años 20, lo que haría un siglo de Derecho de la Competencia con práctica inmunidad de los infractores a las acciones privadas de daños.

110. Es claro que el espíritu y finalidad del 1902 CC no es otro que lograr la plena compensación. La Directiva 2014/104/UE no ha inventado nada nuevo y, de hecho, se asienta en la tradición común de los Estados miembros (quizás, de forma ciertamente pacata).

111. A todo demandado le favorece la esclerotización del ordenamiento jurídico, especialmente en el ámbito del Derecho de la Competencia, y especialmente cuando aquel ordenamiento consiste en un código de artesanos y campesinos, esto es, en un código propio de una sociedad española protoindustrial a finales del siglo XIX (la industrialización española no empieza a ser una realidad sino a mediados del siglo XIX). De ahí que el Código se preocupe por abejas que cruzan fundos ajenos y por la *insula in flumine nata*. No solo se trata de reglas históricas, en algún caso provenientes del Derecho Romano, sino adecuadas a la realidad del tiempo en la que el Código (más popular que técnico) fue promulgado.

112. Sin embargo, los intereses particulares de los infractores no pueden imponerse a las necesidades mismas del sistema. Y la jurisprudencia debe evolucionar a la luz de nuevas realidades si el avance social, político y económico nos convence racionalmente de que nuevas, mejores o evolucionadas reglas son necesarias. Parece que la superación del canon se equipara a una suerte de vulgarización jurídica frente a la inmaculada

concepción de la ortodoxia compensatoria del 1902 del Código Civil. El 1902 es ascendido así al cielo de los conceptos y el Código Civil a la categoría de texto cuasi sagrado. No podemos compartir tal posición.

113. No debemos tener miedo al poder creativo de la jurisprudencia ni a los fenómenos de vulgarización, entendidos muchas veces desde posiciones excesivamente clasicistas y, por tanto, rodeados de connotaciones peyorativas. Admitimos la vulgarización en el sentido de una apuesta clara del intérprete por el pragmatismo, por reglas adecuadas a las nuevas realidades, en el sentido mismo de evolución normativa. En ocasiones, resulta altamente frustrante no tener mejor motivo para defender una regla que el hecho de que el Código lo dice. Mucho menos, una determinada línea jurisprudencial.

114. Por ello, a futuro, seguimos apostando por la defensa que hicimos de la presunción del daño *in re ipsa* en la SJM, Alicante Mercantil sección 1 del 04 de marzo de 2022 (ROJ: SJM A 2175/2022 - ECLI:ES:JMA:2022:2175) . Allí explicábamos el marco teórico del *in re ipsa*. Explicábamos que el desarrollo de la doctrina del daño *in re ipsa* está íntimamente ligada a la determinación del daño en el ámbito de la propiedad intelectual (entendida esta en sentido amplio) así como la competencia desleal. Explicábamos los casos en los que considerábamos razonable construir una regla *in re ipsa*. No nos extenderemos para no incurrir en reiteraciones innecesarias. Baste recordar que considerábamos que, en particular, dicha presunción debía establecerse con carácter general para los cárteles secretos que tienen por objeto: a) *fixar directa o indirectamente precios*, b) *limitar o controlar la producción o el mercado*; c) *y el reparto de mercados o fuentes de abastecimiento*.

115. En la SJM, Alicante Mercantil sección 1 del 04 de marzo de 2022 (ROJ: SJM A 2175/2022 - ECLI:ES:JMA:2022:2175) reconocíamos lo inexplicable de la virulencia del ataque contra la construcción del daño *in re ipsa*. Ya entonces decíamos que debemos recordar que no existen antecedentes reales en nuestro derecho patrio. El fenómeno de la reclamación de daños por infracciones antitrust es relativamente reciente. Al mismo tiempo, se trata de una presunción *iuris tantum*. Rebatible. La cuestión radica en determinar si la parte demandada ha aportado al procedimiento elemento de prueba suficientes, además de una construcción teórica sólida que permita rebatir aquella presunción.

116. No se trata, por tanto, de una presunción *iuris et de iure*. Tampoco existe indefensión de la parte demandada, ni la presunción es contraria al artículo 24 CE. No se conculca la tutela judicial efectiva. Dicha posición de máximos es inasumible. Porque resulta inasumible que si la presunción la establece el legislador entonces no se quiebra la tutela judicial efectiva mientras que si es declarada jurisprudencialmente entonces se produce tal conculcación. La presunción de daño por infracciones anticompetitivas se construye en la Directiva como una presunción de carácter general. Esto es, sin distinguir entre tipos de cártel ni exigir a los demandantes una especial teoría del daño sustentada por la ciencia económica. De hecho, la presunción anunciada por este Juez es más restrictiva puesto que tan solo se afirma para determinados tipos de cárteles.

117. Más allá, debemos escapar de posiciones maximalistas y, por tanto, es necesario determinar la intensidad de la presunción. En principio, el daño *in re ipsa* se presenta con la misma intensidad que la presunción reconocida en el artículo 17.2 de la Directiva y hoy recogida en el artículo 76.3 LDC. Cuestión distinta será el estándar de prueba exigible al demandado para poder desvirtuar dicha presunción. Tal cuestión, sin embargo, será objeto de análisis más adelante.

118. Si bien el régimen establecido en el artículo 17.2 de la Directiva y en el artículo 76.3 LDC no resulta aplicable (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de junio de 2022 en el asunto C-267/2020 Volvo AB ECLI: EU:C:2022:494), nada obsta para que el sistema nacional reconozca conforme a las reglas nacionales una presunción de idéntico valor.

119. Ni siquiera la construcción al amparo del artículo 386 LEC impide considerar lo contrario. No advierto la necesidad de atender a la "especial" naturaleza de la presente infracción cuando determinados caracteres justifican, precisamente, la presunción. La esencia de la presunción radica que, en ausencia de ella, le corresponde a la parte actora acreditar la existencia de daño derivado causalmente de la conducta de los infractores. Y la presunción tiene por finalidad invertir la simetría existente entre las partes. La esencia de la presunción se construye, por tanto, sobre el carácter secreto del cártel, independientemente de la concreta conducta llevado a cabo por los cartelistas puesto que es el carácter secreto el que genera la asimetría de información.

120. Dicha asimetría se agudiza en el caso de compradores indirectos puesto que, al no relacionarse directamente con los infractores, encuentran mayores dificultades para determinar el daño.

121. Por todo ello, la presunción *in re ipsa* se encuentra correctamente construida y el Tribunal Supremo no llega a descartar la posible construcción de la misma. Consideramos que es una regla de Derecho necesario y perfectamente asumible.

122. No obstante lo anterior, no puede acusárseles de disidencia. Las SSTs de 12-14 de junio de 2023 realizan un buen ejercicio casacional y, ya decíamos, entendemos la posición de la Sala 1ª del Tribunal Supremo que, en definitiva, ha huido del excesivo conceptualismo. El excesivo conceptualismo es lo que hemos discutido y rechazado nosotros como forma de aproximación a los mecanismos compensatorios. A fin de cuentas, todo es más sencillo de lo que parece. Precisamente, por esa necesidad de huir del excesivo conceptualismo es por lo que el Tribunal Supremo prefiere construir la presunción del daño desde la presunción judicial del artículo 386 LEC sin necesidad de acudir a la doctrina *in re ipsa*. No obstante ello, el Tribunal Supremo ha convalidado la presunción de un daño sobre la base de los hechos ciertos que anteriormente habíamos fijado. Y sobre esa base, decimos nosotros, el daño debe presumirse. Lo que implica la inversión de la carga de la prueba. Es el demandado el que tiene que acreditar que el daño no existió o que el daño fue inferior. Sin embargo, es necesario un paso previo.

E. la traslación del precio al comprador indirecto: aplicación del sistema de presunción judicial del artículo 386 LEC . La relación entre los precios de lista y los precios netos que paga el comprador de camión. Repercusión y causalidad aguas abajo.

123. Resta por despejar legalmente la posición del comprador indirecto en relación con los daños causados por cártel. Se trata, en definitiva, del análisis de la *passing-on* y de sus efectos en cuanto a la posición del comprador indirecto. En este sentido, hemos determinado que debe presumirse que la conducta ha causado un incremento antijurídico del precio competitivo, entendiendo por tal el que habría existido en el mismo mercado sin colusión. Ahora bien, también hemos señalado que la conducta colusoria tenía por objeto los precios brutos de lista y no, con carácter general, los precios netos (sin perjuicio de que ocasionalmente los precios netos formaron parte de las negociaciones). Y hemos señalado igualmente que la fijación del precio bruto depende de muchos factores de forma que no existe un mimetismo entre el precio bruto y el precio neto.

124. La Directiva 2014/104/UE establece en este caso una presunción favorable al comprador indirecto en el artículo 14. De lo contrario, el destinatario final del producto o servicio cartelista se vería obligado a analizar las condiciones de transferencia de sobreprecio de cada nivel de la cadena de distribución. Tal respuesta, de mantenerse conforme a nuestro derecho nacional, sería contraria nuevamente al principio de efectividad. Ahora bien, la construcción de dicha presunción debe ser diferente, puesto que, en este caso, no se trata de determinar la aptitud de una conducta para incrementar antijurídicamente el precio competitivo de acuerdo con su naturaleza misma sino la posibilidad de que, a la luz de la concreta cadena de distribución, el sobreprecio se haya traspasado aguas abajo.

125. Establece el artículo 386.1 LEC que a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (ap. 1 par I). La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción (par II).

126. Entendemos que aquí el enfoque apropiado desde el punto de vista presuntivo es distinto toda vez que la repercusión aguas abajo a lo largo de toda la cadena de distribución no es intuitivo. No es una consecuencia forzosa, natural e inevitable que se presenta como incontrovertible, evidente o patente. La propia ciencia económica no aporta una base sólida para la determinación de las bases sobre las que realizar un acercamiento plausible al *passing-on*. No debemos olvidar que, hasta que la Comisión Europea decidió admitirla, el efecto *pass-on* apenas había sido objeto de estudio en casos de daños antitrust. Ello es perfectamente explicable.

127. Hasta entonces, en EEUU, la jurisdicción donde más desarrollada se encuentra la aplicación privada del Derecho de la Competencia, pocos casos han tenido que enfrentarse a la cuantificación del efecto repercusión. Y ello por cuanto el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos inadmitió la defensa de sobrecostos repercutidos en los casos *Hanover Shoe, Inc. c. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968) e *Illinois Brick Co. c. Illinois* 431 U.S. 720 (1977), al entender que los compradores directos son los mejor situados para entablar acciones de este tipo, con el objetivo claro de fomentar la interposición de acciones de daños. La situación no es, sin embargo, pacífica. A nivel federal, han existido diversos intentos para superar *Illinois Brick*. Por otra parte, muchos Estados norteamericanos sí que permiten las acciones por parte de compradores indirectos y la *passing-on defence*. No obstante lo anterior, como decimos, la jurisdicción que durante más de 100 años ha liderado la persecución privada de los cárteles, apenas cuenta con estudios significativos en materia de *passing-on*. A tales efectos, su admisión teórica y su reconocimiento legal en Europa suponen, en cierto sentido, un salto al vacío de proporciones siderales. Quizás con la finalidad de ablandar la caída, el texto final de la Directiva recogía el doble juego presuntivo de los artículos 14 y 17. A fin de cuentas, se trata de crear un sistema de legitimación íntegra, por el 100% del sobreprecio, al primer nivel demandante que, generalmente, será el verdaderamente interesado en reclamar daños. La situación, lejos de ser pacífica y sencilla, es y será extraordinariamente compleja. Ahora bien, toda vez que el efecto repercusión

es principalmente teórico, su admisión en la práctica debe realizarse con suma cautela y cualquier presunción deberá ser establecida vía art. 386 LEC.

128. Ya hemos señalado que es un hecho probado que los precios brutos de lista influyen en los precios netos, más allá de que un incremento puntual pueda o no trasladarse al precio neto. Ello dependerá de múltiples factores. Sin embargo, en la medida en que el proceso de conformación del precio neto de venta al destinatario final parte del precio bruto de lista, es forzoso concluir que cualquier incremento de este puede afectar a aquel. En este sentido, el propio Tribunal General ha afirmado que aumentos coordinados de esas listas de precios pueden tener un impacto en los precios pagados tanto por los mayoristas como por el consumidor final, al permitir que esos precios se incrementaran o, al menos, se mantuvieran (*Keramag* [2013]). En *Scania* [2017] la Comisión Europea señalaba que los precios brutos de lista del fabricante constituían un importante -y sensible competitivamente- componente en el sistema de fijación de precios de Scania. Dicha afirmación es extensible al resto de fabricantes.

129. El hecho de que los descuentos se negocien a cada nivel de la cadena de distribución no supone, ni permite suponer, que exista una desconexión tal entre el precio bruto de lista y el precio neto, ni que exista competencia efectiva en los mercados aguas abajo. La propia decisión de la Comisión refleja que los fabricantes tenían influencia directa sobre los descuentos, como muestra el hecho de que *participaron en las discusiones sobre la utilización de la introducción de la moneda euro para reducir los descuentos* (53). Sin perjuicio de que el párrafo 53 de la Decisión [2016] se refiere inmediatamente a continuación al mercado francés, no es óbice para advertir que, si se discutió la posibilidad de reducir los descuentos es porque los fabricantes con carácter general tienen posibilidad de influir sobre los mismos. Tal debe ser el hecho no controvertido.

130. Por otra parte, y en línea con lo sostenido por muchas Audiencias Provinciales, parece lógico pensar que si se incrementa el precio bruto de lista, al incrementarse artificialmente el precio inicial de referencia se afecta necesariamente al precio final porque el descuento habrá partido de un nivel superior al nivel competitivo. El hecho de que en ocasiones, distribuidores o concesionarios puedan obtener mayores beneficios con otros servicios (tales como el mantenimiento o financiación) y ello incluso les lleve a descuentos que supongan la venta por debajo de costes del vehículo concreto, no permite establecer que una práctica coordinada, generalizada y sostenida durante 14 años fuera incapaz de incrementar el nivel de precios general elevando el precio base.

131. Es un hecho probado igualmente que existe una importante integración vertical en el mercado. No ya por el hecho de que habitualmente distribuidores y concesionarios pertenecen al fabricante (filiales participadas generalmente al 100%), sino porque en el caso de que se trate de distribuidores o concesionarios independientes, los mismos suelen actuar sobre la base de contratos de distribución selectiva o exclusiva, por lo que el fabricante, en último término, puede tener un poder importante sobre la política de descuentos.

132. La cuestión es especialmente relevante en el caso de distribuidores integrados en el grupo del propio fabricante. Es contrario a la lógica pensar que el fabricante no hará lo posible por trasladar el sobreprecio aguas abajo puesto que, de lo contrario, estará afectando a su propia cuenta de resultados consolidada. Nadie tira piedras sobre su propio tejado. Con todo, no existe, a este nivel, un verdadero mercado competitivo que pueda absorber el sobreprecio dado que, como señala la propia Decisión *Scania* [2017], el hecho de que se trate de filiales íntegramente participadas por la matriz, supone que los distribuidores nacionales no tienen la posición de negociación de la compañías independientes (ap. 97). Tal afirmación es extensible a cualquier red de distribución.

133. Más complicada es la intervención de operadores económicos no pertenecientes al grupo del fabricante. No obstante lo anterior, la posible existencia de fuertes efectos de red a través de contratos de distribución, no permite sostener una tesis favorable a la completa independencia del fabricante en cuanto al nivel de descuentos a realizar, al menos desde un punto de vista teórico y sin tener en cuenta las condiciones concretas del contrato. La ausencia de análisis pormenorizado de los contratos de distribución y de su clausulado impide, cuanto menos, extraer consecuencias favorables a los demandados que habitualmente escudan sus análisis en la aparente independencia jurídica de las diferentes sociedades, incluso cuando están integradas dentro del mismo grupo. No obstante lo anterior, tal conclusión no resulta automática. Los contratos de distribución pueden ser vehículo de concentración del mercado, de ahí su importancia para el propio derecho de la competencia, y su clausulado generar importantes efectos de red que, cuanto menos, no pueden ser descartados. Independencia jurídica no equivale a independencia económica. De ahí que la conducta del distribuidor respecto del fabricante se pueda analizar desde múltiples primas competitivos.

134. Recordemos que, en este campo, la literatura científica no abunda, por lo que no pueden establecerse reglas apriorísticas claras sustentadas en estudios empíricos sobre el nivel de repercusión en la cadena de distribución aguas abajo. Por tanto, la doctrina del conocido como efecto *passing-on* deber ser sometida

al escrutinio de estrictos estándares jurídicos que no menoscaben los derechos de los perjudicados y, particularmente, que no generen un halo de impunidad del infractor. De no ser así, situaríamos el Derecho español en clara vulneración del Derecho comunitario y el principio de efectividad.

135. En este sentido, es presumible que, en una cadena de distribución controlada por el fabricante, el sobreprecio se transfiera a la víctima al menos en un porcentaje significativo.

136. Dicho lo anterior, la traslación no tiene por qué ser necesariamente del 100% del sobreprecio. Sin embargo, debe presumirse que el sobreprecio se trasladó íntegramente. Debe tenerse en cuenta que el infractor se encuentra en mejor disposición probatoria de traslaciones que se producen a través de su propia cadena de distribución, bien de empresas integradas en el mismo grupo, bien de empresas vinculadas contractualmente (217.7 LEC). De no presumirse la traslación al 100% se obliga al demandante a acreditar un daño sobre la base de datos que no se encuentran a su disposición, lo que tornaría la prueba del sobreprecio en una prueba diabólica de imposible aprehensión.

137. La demandada debe enfrentarse a un estándar de prueba realmente elevado. De lo contrario, convertimos la estimación causal del daño en una suerte de prestidigitación causal. Nótese que de forma teórica y sin un análisis empírico mínimamente sólido, la parte demandada parece proponer una suerte de absorción necesaria del sobreprecio en los diferentes niveles de la cadena de distribución. Como señalamos, tal alegación se encuentra más cerca de la prestidigitación que de la ciencia económica por cuanto el sobreprecio habría misteriosamente desaparecido absorbido por los operadores aguas abajo integrados bien en el grupo, bien en la propia cadena de distribución mediante contratos de distribución con fuertes efectos de red que no podemos descartar. No solo los compradores finales adquieren los camiones a precios competitivos, sino que el sistema de descuentos supone que el comprador adquiere el vehículo incluso a condiciones más competitivas que las de mercado. El cártel, así considerado, parece una suerte de absurdo innecesario.

138. Con ello alcanzamos además una última conclusión: de existir una absorción de sobreprecio por parte de alguno de los niveles de la cadena, el mismo habrá de ser significativo para que pueda ser tenido en cuenta. No obstante lo anterior, tal cuestión la analizaremos al tiempo de considerar la defensa *passing-on* esgrimida por la defensa del demandado.

139. Tal posición es asumida por las SSTs de 12-14 de junio de 2023, *ut supra*, en las que la aplicación de la regla *passing-on* se emplea en todo momento como regla de legitimación de los actores. Esto es, se asume la traslación directa del precio a los demandantes (compradores de camiones) rechazando la tesis de absorción del daño en niveles intermedios de la cadena.

F. conclusiones

140. La conclusión no puede ser otra que la de establecer que la parte actora se beneficia de una doble presunción: por un lado, de que la conducta sancionada generó un daño cierto en el mercado mediante un incremento del precio bruto de lista; por otro lado, que dichos incrementos se trasladaron aguas abajo y, sin perjuicio de no ser una traslación automática y simétrica, supusieron un incremento del precio neto abonado por los adquirentes del bien cartelizado.

141. Dicho lo anterior, ello supone que la parte demandada tiene que refutar ambas presunciones, lo que nos lleva a la teoría del daño cero que es la tesis mantenida por todos los cartelistas, incluido DAF, sin perjuicio de que en el presente estadio de litigación se presenta un informe de cuantificación del daño que se dice aséptico y que, aunque defiende la inexistencia de un daño, reconoce la imposibilidad de explicar a través de la regresión econométrica, una horquilla de entre un 0,4 y un 1,7% que se dice que es económicamente significativa.

NOVENO.- Teoría del no-daño (zero-harm hypothesis).

1. La hipótesis razonable y las SSTs de 12-14 de junio de 2023.

142. Durante estos años de litigación, la cuestión relativa a la existencia y cuantificación del daño ha sido una cuestión nuclear. En la SJM, Alicante Mercantil sección 1 del 04 de marzo de 2022 (ROJ: SJM A 2175/2022 - ECLI:ES:JMA:2022:2175) intentamos hacer un especial esfuerzo en torno a la misma. No han faltado interesantes y muy bien fundadas posiciones judiciales. España, en este sentido, ha sido un campo abonado a la reflexión y ha gozado de aportaciones de muy primer nivel tanto por Juzgados de los Mercantil como por Audiencias Provinciales. Resulta ocioso realizar una cita de todos ellos, pero sin duda el presente cartel ha permitido a los jueces españoles transitar todas las líneas de litigación. De la desestimación a la estimación, total y parcial, todo ello con informes que se repetían miméticamente en una litigación masiva que ha colapsado los juzgados españoles.

143. Finalmente, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en las citadas SSTs de 12-14 de junio de 2023, sentencias a su vez que consideraban la STJUE C-312/21 *Tráficos Manuel* de 16 de febrero de 2023 (ECLI:EU:C:2023:99), sentencia que, por su importancia, debe ser tenida en cuenta.

144. En la SJM, Alicante Mercantil sección 1 del 04 de marzo de 2022 (ROJ: SJM A 2175/2022 - ECLI:ES:JMA:2022:2175) señalábamos que la lectura que las entidades demandadas realizaban de la STS de 7 de noviembre de 2013 (ROJ: STS 5819/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5819), relativa al "cártel del azúcar", era incorrecta. Aquella sentencia debía contextualizarse. Y así lo ha recordado el Tribunal Supremo en sus SSTs de 12-14 de junio de 2023. Una cosa es estándar probatorio y otro validación de los informes periciales. Un elemento y otro no van necesariamente unidos de la mano. Y las diferencias entre el *cártel del azúcar* y el *cártel de los camiones* debían tomarse en consideración.

145. El Tribunal Supremo subrayaba la *imposibilidad de realizar una reproducción perfecta de cuál hubiera sido la situación si no se hubiera producido la conducta ilícita*. Sin embargo, esta cuestión es un lugar común de todas las *valoraciones de daños y perjuicios que consisten en proyecciones de lo que habría sucedido si la conducta ilícita no hubiera tenido lugar*. En cierto sentido, era un reconocimiento de que los tribunales tienen una amplia experiencia en la valoración de daños y perjuicios, por lo que ese punto de partida no era infrecuente. Más interesante es que el Tribunal Supremo reconoce que existe cierta particularidad a la hora de analizar los daños derivados de los ilícitos antitrust. Esta particularidad lleva al Tribunal Supremo a citar la Propuesta de Directiva sobre daños y perjuicios [COM(2013) 404, 11.6.2013]. De esta forma recordaba que la dificultad provenía del hecho de tener que comparar *la situación real, consecuencia de la práctica restrictiva de la competencia, y la 'situación hipotética contrafáctica', es decir, la situación que se habría producido de no haberse producido la práctica ilícita*. La mayor novedad la encontrábamos inmediatamente a continuación: *esta dificultad no debe impedir que las víctimas reciban un importe de indemnización adecuado por el perjuicio sufrido sino que justificaría una mayor amplitud del poder de los jueces para estimar el perjuicio*. Por tanto, la mayor potestad que tienen los jueces para estimar el daño existe con anterioridad a la Directiva 2014/104/UE, aunque se reconocía expresamente con ocasión de la citada STS, Sala 1ª, de 7 de noviembre de 2013.

146. En segundo lugar, la prueba pericial y su valoración está llamada a cumplir un papel relevante del pleito de daños antitrust, incluso en el caso de acciones consecutivas o *follow-on*. Se trata de un *loci* generalmente admitido, por lo que ninguna controversia existe al respecto.

147. La clave, sin embargo, radica en reconocer que, hasta ese momento, el Tribunal Supremo, lo que está enunciando son principios generales de valoración probatoria y no reglas generales de estándar probatorio. Esto es, el nivel a partir del cual se considera que las partes han acreditado debidamente los hechos que le corresponden según las reglas de la carga de la prueba (217 LEC).

148. El Tribunal Supremo señala que es necesario que el informe pericial del reclamante *formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos*. Al mismo tiempo, establece que, si se ha determinado que la conducta ilícita ha generado un daño, no es suficiente que el informe pericial aportado por el responsable del daño se limite a cuestionar la exactitud y precisión de la cuantificación realizada por el informe del demandante sino que *es necesario que justifique una cuantificación alternativa mejor fundada*. A falta de una cuantificación alternativa, el órgano jurisdiccional nacional no puede dar ningún valor al informe pericial del demandado.

149. En esencia, el Tribunal Supremo está reconociendo que, ante una situación de infracción del Derecho de la Competencia, existen dos estadios de valoración. El primero es puramente binario. El segundo es de grado. En cuanto al primer nivel, se trata de determinar si el efecto del cártel en términos de daño es positivo o negativo. Esto es, si el cártel causó daño o no causó daño. En segundo lugar, se trata de cuantificar el daño. De esta forma, en el caso de que la parte actora haya acreditado suficientemente (haya superado el estándar) que la conducta causó un daño, la parte demandada no se puede limitar a cuestionar aquella cuantificación, debe ofrecer una cuantificación alternativa mejor fundada, esto es, debe ofrecer una hipótesis causal alternativa mejor fundada. Como decimos, el primer estadio es puramente binario. *Daño positivo / daño negativo*. El segundo es gradual puesto que se tratará de determinar la cuantificación concreta. Cuestión distinta es que ambas posiciones puedan ser mantenidas al mismo tiempo. Esto es, que el infractor pueda aportar un primer informe de daño negativo o teoría de daño cero y al mismo tiempo una cuantificación alternativa. Mucho se ha discutido al respecto y lo consideraremos con posterioridad.

150. Con todo, las SSTs de 12-14 de junio de 2023 recuerdan que la referencia contenida en la STS de 7 de noviembre de 2013 a que la afirmación consistente en que "[l]o exigible al informe pericial que aporte la parte perjudicada es que formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos", no se hizo con la finalidad de establecer *un requisito imprescindible para que el perjudicado obtenga una indemnización de los daños provocados por el cártel*. Se trató del fundamento de la aceptación

por el tribunal de la valoración de los daños del informe pericial presentado por el perjudicado en aquel litigio, que era impugnado por las empresas participantes en aquel cártel porque contenía errores en la valoración del daño. Por esa razón afirmamos, a continuación, que "el informe del perito de las demandantes contiene ambos elementos y que por tanto, a falta de otra hipótesis alternativa que pueda considerarse mejor fundada, la valoración de los daños realizada en dicho informe ha de considerarse razonable y acertada".

151. En definitiva, el hecho de que el informe pericial de la parte actora no sea validado, no supone que la parte actora, dado el conjunto de prueba obrante en las actuaciones, no haya superado el estándar probatorio exigible. No nos preocuparemos por ello todavía. Dejemos aquella reflexión para un estadio posterior en la medida en que el primer estadio trata de la teoría del daño esto es, si el daño, su existencia, es positiva o negativa.

152. Sentado lo anterior, el primer estadio nos lleva a establecer las reglas de carga de la prueba y construir el estándar probatorio en la medida en que dicha cuestión es discutida por las partes y constituye uno de los núcleos principales de la actual litigación antitrust.

A. Hacia la indemnización del daño.

153. La cuantificación del daño en la aplicación privada del Derecho de la Competencia debe enfrentarse de forma pragmática, especialmente en el caso español. En este sentido, la cuantificación del daño requiere de un ejercicio de ponderación entre la correcta determinación del sobreprecio y la necesidad de que los costes de resolución sean proporcionados. Un elevado estándar probatorio que exija sofisticadas periciales económicas para la determinación del daño puede convertir la operación de cuantificación en una suerte de chamanismo cuantitativo, lo que debe ser evitado.

154. La carga de la prueba y el estándar probatorio no pueden establecerse en el vacío, ajenos a aspectos tales como el tipo de acción ejercitada, la naturaleza de la infracción, el carácter del perjudicado, su posición relativa respecto del infractor, la cuantía reclamada y las facilidades procesales existentes. Las más relevantes, en lo que aquí importan, son las siguientes:

- a) nos encontramos ante un cártel "hard-core" (secreto) de carácter paneuropeo de 14 años de duración;
- b) el daño causado se encuentra fuertemente atomizado, con miles de perjudicados a lo largo y ancho del mercado español;
- b) los perjudicados son principalmente autónomos y PYMEs. En el presente caso, todas las acciones son ejercitadas por titulares de camiones; esto es, operadores económicos con escaso poder de mercado.
- c) la posición relativa del perjudicado respecto del infractor es de total asimetría. Podríamos decir que se encuentran en polos opuestos. En el presente caso, el titular de uno o dos camiones se enfrenta a un fabricante de camiones integrado en un mercado oligopolista y con recursos de defensa que exceden con mucho de lo mínimamente alcanzable por el camionero.
- d) las acciones ejercitadas son acciones *follow-on*
- d) El derecho español carece de un verdadero sistema de acciones colectivas.

155. Dicho lo anterior, la determinación del daño no es una operación lógico-matemática, sino lógico-jurídica. Y como tal, es necesario tener en cuenta los postulados normativos que subyacen al Derecho de daños en el ámbito concreto en el que se va a aplicar. Identificar aquellos postulados, establecer una correcta ponderación entre los mismos y extraer la consecuencia jurídica correcta es labor sagrada de los jueces. No obstante, no se trata de un proceso puramente deductivo. No creo que exista una única solución correcta. Dentro del debate dialéctico-dialógico en el que el Derecho consiste, prevalecerán aquellos postulados que mejor convengan.

B. La indemnización como fin del Derecho de Daños a la luz del principio de efectividad del Derecho Comunitario.

156. No discutimos aquí el principio indemnizatorio. De hecho, las recientes reformas que se han realizado en Alemania dentro de la propia aplicación pública, nos llevan a pensar que, en aquel ordenamiento, se pretende apuntalar el carácter puramente compensatorio, estrictamente compensatorio, del Derecho de Daños. Sirva simplemente como referencia. Como ya hemos señalado en muchas ocasiones, la traslación acrítica de soluciones legales y jurisprudenciales entre ordenamientos es la vía directa a la generación de monstruitos conceptuales normativos que pueden tener efectos tremendamente disruptores. Con todo, todos los ordenamientos jurídicos afirman el principio compensatorio como el principio esencial del Derecho de Daños.



157. Sin embargo, la ponderación de intereses en juego no supone que la regla del resarcimiento íntegro sea monolítica. La principal función del Derecho de Daños es compensar pero ello no quiere decir que el Derecho de Daños deje de ser Derecho y, por tanto, que no se vea afectado por el ámbito político-normativo en el que se inscribe. Por tanto, sin perjuicio de que todos los ordenamientos jurídicos afirman el principio compensatorio como el principio esencial del Derecho de Daños, lo cierto es que todos ponderan siempre los intereses legalmente relevantes que subyacen al ámbito propio de responsabilidad y determinan en consecuencia si el daño es o no injusto, la medida en que lo ha de ser, así como los límites o extensión de la responsabilidad. De ahí las especialidades que rigen en numerosos sectores potencialmente generadores de responsabilidad pero necesarios para la vida humana y que, ante la existencia de un riesgo socializado, se opte por la limitación del resarcimiento. Otros ámbitos, sin embargo, se ven favorecidos en orden a lograr una íntegra reparación del daño. Un ejemplo claro es el de la propiedad intelectual e industrial, donde bajo el prisma indemnizatorio encontramos mecanismos que superan la pura compensación para ser reflejo del principio de enriquecimiento injusto (privación civil de beneficios obtenidos por el infractor) o de la institución del enriquecimiento injustificado (regalía hipotética). Véase al respecto, la STS, Sala 1ª, de fecha 30 de septiembre de 2019 (Roj: STS 2852/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2852); Caso "Pasapalabra". En estos, la protección del perjudicado es un elemento angular de la construcción de los mecanismos resarcitorios en orden a asegurar, entre otros fines, la competencia en el mercado. En definitiva, el recurso al principio del enriquecimiento injusto y a la institución de enriquecimiento injustificado, se justifica, precisamente, por razones del mantenimiento de la competencia en el mercado, en una lectura procompetitiva de la posición de los titulares de propiedad intelectual e industrial.

158. Es cierto que el Tribunal de Justicia introduce tanto en *Courage* [2001] como en *Manfredi* [2006] el principio de enriquecimiento injusto de forma disruptiva y sobre la base de la mutilación de sus propios antecedentes jurisprudenciales. Sin embargo, parece que la inserción del principio obedece más al rechazo al daño punitivo (3.3 Directiva 2014/104/UE) que a otras cuestiones. Ello sin perjuicio de la incorrección dogmática de tal afirmación pues ni el principio de enriquecimiento injusto limita el posible reconocimiento de daños punitivos, ni puede confundirse la consideración del beneficio obtenido por el infractor en sede de daños y, en su caso, la completa privación del mismo, como un ejemplo de daño punitivo. Tales conclusiones son, para nosotros, evidencia de falta de un fundamento dogmático correcto. Son producto de una intuición jurídica y no una conclusión dogmáticamente fundada.

159. Basta señalar que la privación de beneficios es una institución civil existente y reconocible en nuestro ordenamiento, aunque sea una institución de contornos difusos (es el caso de la posesión indebida de mala fe del art. 455 CC; la privación de bienes hereditarios del incapaz y el indigno de suceder del artículo 760 CC; el ya mencionado cálculo del daño conforme a los beneficios obtenidos por el infractor en las leyes de propiedad inmaterial - artículo 43.2.a de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, artículo 74.2.a de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, art. 140.2.a del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual; del artículo 9.d) LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; o de la infracción del deber de lealtad por los administradores de las sociedades de capital del artículo 227 LSC). Dicho lo anterior, no debemos olvidar que la consideración del beneficio obtenido por el infractor en la operación de cuantificación del perjuicio dentro del marco de las acciones antitrust no es algo ajeno a otras regulaciones.

160. Sin ir más lejos, y sin perjuicio de la advertencia relativa a la propia evolución el Derecho alemán, la sección 33 a (3) de la Ley alemana contra las restricciones de competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) prevé la posibilidad de que al cuantificar el daño se tenga en cuenta el beneficio proporcional que el infractor ha obtenido de la infracción. Regla que permanece en Derecho alemán.

161. Nuestro propio Tribunal Supremo ha considerado los beneficios obtenidos por el infractor en la STS, Sala 1ª, de 7 de noviembre de 2013, al tiempo de combatir el argumento de que los perjudicados podían haber obtenido el azúcar a precios más baratos si hubieran acudido al mercado internacional: *Incluso de ser cierto que algunos de los demandantes, si hubieran sido más sagaces, hubieran podido aumentar las importaciones de azúcar, no es razonable que se permita a quien realizó una conducta anticompetitiva que le reportó beneficios y que causó daños a otros intervinientes en el mercado, retener los beneficios ilícitamente obtenidos con base en el argumento de que los perjudicados podrían haber actuado más inteligentemente para mitigar los daños derivados de la conducta anticompetitiva del infractor.*

162. No debe extrañarnos que dicha aproximación se realice igualmente en las SSTS de 12-14 de junio de 2023, ut supra. En este sentido, el Tribunal Supremo ha afirmado, al tiempo de construir la presunción de daño que la misma se asienta en la "propia racionalidad económica de la existencia de un cártel de estas características" que son: *una alta exposición al riesgo de elevadas sanciones cuya asunción carecería de lógica en ausencia de todo beneficio.*

163. Por tanto, también el Tribunal Supremo ha venido a reconocer, aunque de forma indirecta, el carácter totémico del principio de enriquecimiento injusto en la valoración del daño causado por el cártel al considerar que la conducta infractora, ante todo, supone un beneficio para el infractor, beneficio que se obtiene de extraer ilícitamente rentas de los mercados aguas abajo.

164. Ahora bien, dicho lo anterior, la cuestión radica en determinar, dentro del ámbito del Derecho de la Competencia, en qué lado de la balanza nos encontramos: si en el del daño socializado que justifica la infracompensación o en el de la necesidad de promoción de la compensación. La respuesta, a mi juicio, se antoja sencilla, toda vez que la práctica cartelista no es beneficiosa para la comunidad sino todo lo contrario: los perjudicados se enfrentan a las violaciones más atroces del Derecho de la competencia, a los cánceres de la economía de libre mercado. El Derecho no puede tratarlos con indulgencia. En ese punto, es donde alcanza plenitud el principio de efectividad del Derecho comunitario.

165. Partiendo de los postulados señalados, debemos señalar que, a día de hoy, existe un incomprensible exceso de preocupación por la sobrecompensación. Puede que ello se derive del celo de la Directiva 2014/104/UE por evitar la sobrecompensación al tiempo que no se promueven instrumentos eficaces para evitar, asimismo, la infracompensación. En una lectura crítica de la Directiva, debemos advertir que el principal objetivo de la misma no era realmente la promoción de las acciones de daños por ilícitos anticompetitivos, sino la protección del programa de clemencia, en riesgo desde *Pfleiderer* [2011] y *Donau Chemie* [2013] (C-360/09, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt* [2011] de 14 de junio y C-536/11, *Donau Chemie AG* [2013] de 6 de junio). Ello tergiversa el debate. Con todo, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales la fijación del daño conforme al Derecho nacional y es, en este punto, donde existe cierto margen a la innovación y al avance.

166. Es labor del juez nacional remover los obstáculos que puedan existir para lograr la plena efectividad de los principios reconocidos por el ordenamiento jurídico. Es labor del juez nacional, en defecto del legislador, establecer reglas claras y sencillas, fáciles de entender y aplicar que beneficien a la comunidad. El principio de efectividad exige remover los obstáculos que puedan devenir ineficaz la reclamación de daños como derecho reconocido y amparado por el ordenamiento comunitario. El infractor del Derecho de la Competencia no se puede ver beneficiado por una regulación procesal que no sea capaz de aprehender los retos a los que se enfrenta el perjudicado. En este sentido, enfocar la indemnización de daños antitrust desde una postura compensatoria excesivamente ortodoxa puede constituir en sí mismo un obstáculo a la reclamación de daños.

167. En un sistema como el español, en el que no existe un sistema de acciones colectivas *opt-out*, en el que los miles de perjudicados deben litigar individualmente por cuantías mínimas en comparación con el beneficio total presumiblemente obtenido por cártel, y en el que los perjudicados son autónomos o pequeñas y medianas empresas que carecen de la capacidad y medios necesarios para litigar contra grandes empresas del sector, parece que es necesario dar pasos efectivos en orden a lograr una verdadera reparación del perjuicio sufrido.

C. estándar probatorio y validación de informes periciales.

168. Lo advertíamos anteriormente, y lo dijimos en nuestra SJM, Alicante Mercantil sección 1 del 04 de marzo de 2022 (ROJ: SJM A 2175/2022 - ECLI:ES:JMA:2022:2175). No es lo mismo la validación de los informes periciales que la fijación del estándar probatorio. El ejercicio de validación consiste en determinar conforme a las reglas de la sana crítica si las conclusiones del informe pericial se asumen plenamente, parcialmente o resultan rechazadas. El estándar probatorio determina el nivel de prueba exigible para la estimación de la demanda (sea plena o parcial). Sin perjuicio de que el estándar probatorio está relacionado directamente con la prueba practicada, de la primera de las cuestiones no se sigue necesariamente la segunda. Esto es, la validación negativa del informe pericial no tiene por qué resultar necesariamente en la desestimación de la demanda.

169. No obstante, la cuestión se torna ciertamente compleja si consideramos que una cuestión es la determinación del daño y otra distinta la cuantificación del mismo. Lo que implica la existencia de dos niveles de razonamiento que se pueden confundir cuando la parte demandada aboga por una teoría del daño cero que es lo que ha sucedido en el presente caso. En estos casos, resulta imposible distinguir entre la determinación del daño y la cuantificación del mismo, al menos en relación con la postura de la parte demandada. Por tanto, la teoría del daño cero exige considerar, el estándar probatorio y, por ello, el conjunto de pruebas aportadas.

170. En cuanto al estándar probatorio, a riesgo de señalar lo obvio, ni la *Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (la Comunicación) ni la *Guía práctica* lo establecen. Tampoco son vinculantes para los órganos jurisdiccionales. En el mismo sentido, se ha pronunciado la SSTS de 12-14 de junio de 2023.

171. Por otra parte, la cuestión del estándar probatorio tampoco es atacada de forma directa por la STJUE C-312/21 *Tráficos Manuel* de 16 de febrero de 2023 (ECLI: EU:C:2023:99). Sin perjuicio de que el Tribunal de Justicia se refiere a la actividad procesal de las partes, lo cierto es que tal cuestión no formaba parte de la cuestión prejudicial remitida por el juzgado de lo mercantil número 3 de Valencia. El Tribunal de Justicia no considera ni la primera frase del artículo 17.2 Directiva 2014/104/UE, ni la última. Esto es, realiza un análisis únicamente de la parte central del párrafo que contiene la estimación judicial del daño. Se refiere además a la estimación, pero no al estándar probatorio que, como señalamos, es competencia de los órganos nacionales, ni al principio de proporcionalidad en la exhibición.

172. Por tanto, la resolución del Tribunal de Justicia en C-312/21 *Tráficos Manuel* de 16 de febrero de 2023 (ECLI: EU:C:2023:99) debe ser necesariamente contextualizada tanto en relación con el ámbito objetivo de la cuestión prejudicial remitida como en relación con el alcance que la misma puede tener en nuestro Derecho nacional.

173. Que corresponde a los órganos nacionales establecer el nivel probatorio adecuado y el grado de precisión requerido para establecer el perjuicio surgido, nos parece obvio, de la misma forma que nos parece obvia la falta de competencia del Tribunal de Justicia para decidir sobre tales aspectos.

174. El Derecho de la Unión Europea se basa en el principio de atribución de competencia y, dentro del marco de las competencias atribuidas, en los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Los 3 se encuentran claramente identificados en la propia Directiva. El Tribunal de Justicia carece de competencia para fijar el estándar probatorio existente salvo en el caso de que el estándar de prueba para la cuantificación del perjuicio *haga prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento de daños y perjuicios*. Esto es, no es contrario al Derecho de la Unión Europea que el estándar de prueba haga prácticamente posible o excesivamente fácil el ejercicio del derecho al resarcimiento de daños y perjuicios.

175. La preocupación de la Directiva es para con los perjudicados, para con las víctimas, no para con los infractores que han gozado, no está de más decirlo, de una situación de absoluta infracompenación durante más de 6 décadas (lo que fue constatado por el informe Oxera en 2001 y que llevó de hecho al impulso codificador de la Directiva 2014/104/UE). La preocupación de la Directiva es garantizar la plena compensación.

176. Una lectura incorrecta de la STJUE C-312/21 *Tráficos Manuel* de 16 de febrero de 2023 (ECLI: EU:C:2023:99) podría llevarnos a la conclusión radicalmente contraria. La cuestión prejudicial remitida por el Juzgado de lo mercantil número 3 de Valencia no pregunta en modo alguno sobre estándar de prueba sino por una cuestión particular de aquel procedimiento, que tenía que ver con el ofrecimiento de la base de datos por la parte demandada, acceso que había sido aceptado por la parte demandante. En el caso concreto, parece, el acceso había sido infructuoso, de ahí la pregunta.

177. Como decimos, que el estándar probatorio es una cuestión puramente nacional excepto en el hipotético caso de que *haga prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento de daños y perjuicios* (sentido estricto del 17.2 Directiva), es algo que nos resulta obvio. Solo el juez nacional está en disposición de, a la luz de la naturaleza de los derechos ejercitados, determinar los remedios y procedimientos verdaderamente efectivos. No basta el reconocimiento de un derecho sino que el mismo habrá de dotarse de remedios y procedimientos efectivos que garanticen la tutela judicial del titular de aquel derecho (algo claro en la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia). Solo entonces y en estas circunstancias, diremos que la acción que ostenta el actor para la reclamación de su derecho se encuentra verdaderamente en pie de guerra (Puchta).

178. Por ello, consideramos que era necesario contextualizar la STJUE C-312/21 *Tráficos Manuel* de 16 de febrero de 2023 (ECLI: EU:C:2023:99) al Derecho nacional. El Tribunal de Justicia no resuelve el caso nacional, es un intérprete del Derecho europeo (no obstante su tangencial importancia como tal), pero sin que ello oscurezca que el ejercicio plenamente jurisdiccional es la que realiza el juez nacional al resolver de acuerdo con la normativa nacional interpretada de conformidad con la normativa europea (el artículo 17.2 no es directamente aplicable)

179. Tal ejercicio de contextualización es lo que vienen a hacer las SSTs de 12-14 de junio de 2023. Ejercicio que había sido anticipado por algunas Audiencias Provinciales, como han sido la Audiencia Provincial de Valencia (por ejemplo, SAP, Civil sección 9 del 19 de abril de 2023; ROJ: SAP V 1057/2023 - ECLI:ES:APV:2023:1057) y la Audiencia provincial de Pontevedra (SAP, Civil sección 1 del 15 de mayo de 2023; ROJ: SAP PO 1111/2023 - ECLI:ES:APPO:2023:1111).

180. Las SSTs de 12-14 de junio de 2023 señalaban lo siguiente al hablar de la cuantificación del daño a través de un meta-estudio : *Aunque la Guía práctica contenía alguna indicación sobre la inidoneidad de estos métodos*



estadísticos, la propia Guía contenía dos advertencias importantes: su falta de carácter vinculante y una alusión a la posibilidad de que en las jurisdicciones nacionales se acogieran criterios más pragmáticos.

181. Los órganos jurisdiccionales nacionales son libres igualmente de establecer planteamientos pragmáticos para determinar el importe de los daños y perjuicios. La cuantificación del perjuicio es competencia nacional de forma que ni la Comunicación ni la Guía prescriben o proscriben método alguno, ni sobre todo, el nivel probatorio exigido para poder acreditar un daño. Ni siquiera vinculan en cuenta a los métodos de cuantificación. Son una simple orientación y, como ambos documentos señalan, no impiden enfoques pragmáticos.

182. Es por ello por lo que tenemos que realizar la siguiente afirmación: en un sistema como el español, que reconoce la competencia para conocer de las acciones *follow-on* a una multiplicidad de órganos jurisdiccionales en muchos casos no especializados, que carece de un sistema de acciones colectivas verdaderamente efectivo, que exige a cada perjudicado proveerse de las prueba y los medios para hacerlas individualmente, el estándar probatorio mínimo del daño sufrido no puede situarse en un complejo análisis de regresión económica. Los métodos complejos de regresión econométrica, no obstante su sofisticación, son difícilmente comprensibles no ya por el ciudadano medio sino por el propio Juez, técnico en Derecho, no en economía, y difícilmente accesibles para el perjudicado.

183. Si el daño reclamado en una acción individual *follow-on* por una flagrante y grosera violación del derecho de la competencia depende de la formación de un equipo multidisciplinar de renombre con desplazamientos internacionales y el empleo de complejas técnicas de análisis econométrico, estaremos dirigiendo el sistema español de daños por ilícitos antitrust en una dirección diametralmente contraria al principio de efectividad, al establecimiento de mecanismos efectivos de reparación del daño.

184. Como recordábamos en SJM, Alicante Mercantil sección 1 del 04 de marzo de 2022 (ROJ: SJM A 2175/2022 - ECLI:ES:JMA:2022:2175), hemos de hacer una advertencia: el estándar probatorio que dibujamos es el exigible en España. Al igual que el sistema de presunciones. Esto es, a los efectos que aquí señalamos, resulta absolutamente irrelevante cual sea el estándar probatorio en otras jurisdicciones tales como Alemania, Holanda o Reino Unido. Especialmente en el caso de que se ejerciten acciones colectivas posibilitadas por reglas nacionales coherentes con las necesidades del ámbito propio que nos ocupa. Es claro que una acción colectiva *opt-out* cuenta con incentivos y capacidades muy superiores a los de la acción individual, por lo que resulta razonable que en este segundo caso el estándar probatorio sea más elevado. De la misma forma, el estándar probatorio que apuntamos considera las características y posición relativa respecto del infractor del perjudicado. Se trata de autónomos y PYMEs situadas en los últimos eslabones de una compleja cadena de transferencias que lleva a la fijación del precio neto de venta. Es, en definitiva, un comprador indirecto del fabricante con poco poder de litigación. El hecho de que ocasionalmente alguna de las empresas actoras, tengan cierta envergadura, por contraposición a un autónomo o a una PYME no tiene por qué alterar radicalmente la conclusión anterior, pero será necesario determinar en el caso concreto tal alcance.

185. Debemos tener cuidado con las importaciones de experiencias de otros países, siempre enriquecedoras, pero que puede no se acomoden a las peculiaridades del ordenamiento jurídico nacional (con sus virtudes y defectos). Como decimos, debemos evitar el trasplante acrítico de institutos ajenos so pena de construir monstruitos conceptuales, tanto sustantivos como procesales. El hecho de que en otras jurisdicciones los métodos de regresión económica gocen de aceptación, como es la estadounidense, en nada perjudica lo anteriormente señalado. Todo lo contrario. En primer lugar, porque se obvia que en EEUU más del 90% de los casos de competencia son acciones privadas, usualmente *stand-alone* y de carácter colectivo. En tales circunstancias, dado que los demandantes deben acreditar la existencia de una infracción de la sección primera *Sherman Act*, dado que deben establecer la existencia de un daño pero, al mismo tiempo, dado que se ven favorecidos por una norma proindemnizatoria tan potente como son los *treble damages*, es lógico que se exija, no un estándar probatorio mínimo, sino elevado. Es lógico que la ciencia económica esté obligada a proveer de potentes herramientas para la concesión de indemnizaciones multimillonarias. En este sentido, por ejemplo, el informe Oxera (Quantifying antitrust damages -2009-) cita (ap. 1.6, pies de página 29, 30) *Petruzzi's IGA Supermarkets, Inc. v. Darling-Delaware Co., Inc.* (1993) [998 F.2d 1224 (3rd Cir. 1993), 92-7481]. Sin embargo, no se considera que se trata de una acción colectiva *stand-alone*. Se cita igualmente *In Re Aluminum Phosphide Antitrust Litigation* (1995) [893 F. Supp. 1497 (D. Kan. 1995)]. Este segundo caso, relativo a la fijación de precios del fósforo de aluminio es, nuevamente, una acción colectiva.

186. En la fijación del estándar probatorio, la experiencia práctica acumulada por los Tribunales nacionales con anterioridad apenas puede servir de ayuda. El sistema español de aplicación privada del Derecho de la competencia se encuentra en una fase de desarrollo. En nuestro país, la aplicación privada del Derecho de la competencia se ha limitado a acciones principalmente de carácter contractual, a excepción de los casos del cártel del azúcar y algunos relativos a abusos de posición dominio. Se trata, por tanto, de acciones directas en las que, en muy pocas ocasiones, la finalidad es la obtención de una reparación económica,

sino más bien la obtención de otro tipo de tutela, como la declaración de nulidad. Es por ello que la misma sentencia de Sentencia de 7 de noviembre de 2013, relativa al "cártel del azúcar", debe ser contextualizada. Los demandantes no eran autónomos y PYMES. En aquel caso, los demandantes eran reputadas y prestigiosas empresas del sector de la alimentación. No eran compradores indirectos situados en el último eslabón de la cadena sino compradores directos con gran poder económico y recursos de litigación que tenían acceso directo a las fuentes de prueba. En apenas dos procesos se resolvió la cuestión. En el presente caso, son miles las demandas presentadas ante los Juzgados de lo Mercantil de toda España.

187. Llegado este punto, el esfuerzo de los juzgados ha sido encomiable y digno de alabanza. Sin embargo, el sistema procesal español no puede pretender que los mismos se embarquen de forma continuada en el análisis de validación de complejísimos informes periciales de regresión económica en miles de casos dadas las circunstancias concurrentes. Lo que se pretende es un harakiri judicial colectivo.

188. La propia Comunicación de la Comisión (14) señalaba lo siguiente: *Corresponde a la legislación aplicable determinar qué enfoque puede considerarse adecuado en las circunstancias específicas de un asunto dado para realizar la cuantificación. Algunas de las consideraciones relevantes - además del nivel probatorio y la carga de la prueba con arreglo a la legislación aplicable - son la disponibilidad de datos, los costes y el tiempo que exigen y su proporcionalidad en relación con el valor de los daños y perjuicios que se reclaman.*

189. En este sentido, un caso como el presente podría exigir un enfoque más sencillo. Es entendible que la necesidad de acreditación del daño puede llevar a un exceso de celo. Es entendible igualmente que la complejidad intrínseca a la fijación del precio en el sector de los camiones medios y pesados, la falta de correlación mimética entre el precio bruto de lista fijado por el fabricante y el precio neto dada la existencia de importantes descuentos en los diferentes niveles de una cadena de distribución integrada o con posibles fuertes efectos de red, unido a la opacidad del sistema de fijación del precio neto y la antigüedad del cártel, pueden ser obstáculos insalvables para el empleo de métodos menos complejos. Casos complejos pueden requerir de cuantificaciones complejas. Pero ello no quiere decir que de no alcanzarse una solución satisfactoria, la demanda deba ser desestimada. Ello no quiere decir que no se pueda optar por vías más sencillas, más expeditivas y menos costosas en términos de recursos y tiempo. A fin de cuentas, por ejemplo, el Derecho italiano permite al juez en equidad determinar el sobreprecio (artículo 1226 Código Civil italiano - fijación *ex aequo et bono*). Ello ha quedado corroborado por las SSTs de 12 a 14 de junio de 2023.

190. Partiendo de lo señalado en el apartado anterior, el estándar probatorio deberá establecerse con base a los siguientes parámetros:

a) cuanto más grave sea la violación del Derecho de la Competencia, menor deberá ser el estándar probatorio exigible. En particular, deberá ser bajo en aquellos casos de infracciones por objeto que se proyecten sobre parámetros especialmente sensibles en términos competitivos y que supongan a priori una posible afectación del precio. Serían, por ejemplo, los casos de fijación directa o indirecta de precios, limitar o controlar la producción o el mercado y el reparto de merados o fuentes de abastecimiento. En el caso de fijación directa de precios sería paradigmático.

b) el estándar probatorio deberá ser inferior cuanto más difuminado en el mercado se pueda encontrar el daño. Por ejemplo, cártel con daño al consumidor final. Cuanto más difuminado se encuentre el daño más difícil será acreditarlo dada la atomización del mismo.

c) carácter de los perjudicados. El estándar probatorio deberá ser inferior cuanto menor sea la capacidad de litigación de los perjudicados. De lo contrario, se incrementan los costes de litigar y se impide el acceso a una reparación efectiva.

d) la posición relativa del perjudicado frente del infractor. Cuanto inferior sea aquella frente a la de este, menor habrá de ser el estándar probatorio.

e) el estándar probatorio deberá ser netamente superior en el caso de acciones colectivas que en el caso de acciones individuales, debiendo tomarse en consideración si el perjudicado ha podido razonablemente beneficiarse de un mecanismo colectivo de reclamación de daños.

191. No obstante lo anterior, como decíamos anteriormente, los tribunales españoles han venido realizando un importante y extraordinario esfuerzo en la validación de dichos informes periciales. Esta es la primera fase de nuestro razonamiento y debemos proceder a la validación del informe de la parte actora y de la parte demandada. En la medida en que la parte demandada opta por una *teoría de daño cero*, dada la presunción del daño, hemos de atender primer a su validación puesto que, de aceptarse la postura de la parte demandada, la demanda deberá desestimarse. Como decimos, la primera parte del razonamiento es de carácter puramente binario. El cártel causó daño o no lo causó. Y en el caso de que el cártel no lo haya causado, entonces la acción deberá ser desestimada.

2. La teoría del no daño (zero harm hypothesis)

192. Establecido el juego presuntivo del daño y de la presunción judicial de la traslación al comprador final (sistema de doble presunción), es necesario atender al turno de refutación. Corresponde a la parte demandada acreditar la inexistencia de daño.

193. La parte demandada describe su tesis de daño cero en la contestación a la demanda y se acompaña de informes económicos de Oxera y econométricos de Compass Lexecon. Con la finalidad de dar respuesta única a las diferentes demandas en las que se ha visto implicada DAF no referiremos una citación concreta, pero las referencias se pueden encontrar fácilmente en relación con los puntos relativos a la correcta interpretación de la Decisión sancionadora y, en particular, en el relativo a la imposibilidad de alcanzar una coordinación efectiva.

A. Tesis de la parte demandada.

194. la demandada refuta el alcance de la decisión al señalar que no se trató de acuerdos sobre precios sino de intercambios de precios que constituyeron meramente prácticas colusorias sin que se desprenda de la decisión que existiera un concierto de voluntades sobre un aspecto competitivo específico. Con ello las partes consiguen reducir la incertidumbre competitiva en el mercado pero no significa que ello produzca efectos en el mercado. Los efectos son impredecibles y pueden ser positivos o negativos dependiendo de las circunstancias.

195. Considerado que no se trata de un "cártel clásico", se afirma que no hay una correlación directa entre los precios brutos de lista y los precios netos y que la plausibilidad de que la conducta sancionada tuviera un efecto para los clientes está simplemente muy lejos de la realidad. La propia Decisión, señala la parte demandada, es de infracción por objeto y no por efecto, lo que excluye el análisis de efectos en el mercado. Se señala igualmente que la decisión transaccional es un "o lo tomas o lo dejas de forma que la parte, DAF, se vio forzada a aceptar la oferta de la Comisión con la finalidad de reducir la multa pero sin que ello suponga "el reconocimiento de que las conductas sancionadas en la Decisión tuvieran algún tipo de impacto en el mercado y en los precios".

196. A partir de ahí, la construcción de la teoría del daño cero se realiza sobre la inexistencia de condiciones necesarias para que se pueda producir una efectiva coordinación en el mercado que haya provocado una elevación de los precios. La teoría económica se encuentra en el estudio de la OECD *Information exchanges between competitor under Competition Law* (Bennet y Collins, 2010) y en el informe Oxera aportado por la parte *Cómo evaluar los efectos de la infracción en el mercado de camiones*.

197. El punto de partida es que el intercambio de información puede dar lugar a efectos anticompetitivos y procompetitivos de forma que el intercambio de información sí solo no tiene que por qué dar lugar necesariamente a precios. Dice Oxera: *Los intercambios de información entre empresas competidoras son conductas en las que a menudo resulta inapropiado extraer tal inferencia sin realizar una evaluación más detallada del caso. Ello se debe a que la teoría económica demuestra que el intercambio de información por sí mismo no da lugar necesariamente a precios más altos y lo hará sistemáticamente sólo en circunstancias concretas en las que permita a las empresas coludir eficazmente en circunstancias en las que de otro modo no hubieran podido hacerlo o coludir de forma más eficaz de lo que habría sido posible, mediante una supervisión más estrecha. Que dicho efecto se produzca depende de la naturaleza de información intercambiada y del contexto del mercado en el que se intercambia la información. El intercambio de información en general no tiene un impacto predecible sobre el nivel de precios medio del mercado.*

198. Según la teoría económica serían necesarias diferentes condiciones que se resumen en tres: la creación de un punto focal; condición de supervisión y control; mecanismos de disuasión y sanción. Las tres condiciones son independientes de la intención de coordinarse de las empresas. Y la probabilidad de que se cumplan las condiciones depende de las características del mercado, la naturaleza de la información intercambiada y los mecanismos de fijación de precios. De esta forma, la mera intención de lograr la coordinación de precios es completamente irrelevante si no se cumplen las tres condiciones indicadas.

199. A partir de ahí, se establecen diferentes asertos:

- a. Los precios de lista deben distinguirse de los precios al concesionario de los precios al cliente
- b. No existió concierto en torno a los precios al concesionario.
- c. Los precios al concesionario no pueden inferirse de los precios de lista.
- d. No existe ninguna relación sistemática entre los precios de lista y los precios al concesionario.
- e. Los fabricantes no podían controlar y supervisar efectivamente la coordinación

f. El cliente compra un paquete cerrado que incluye recompra del camión y servicios y productos adicionales por lo que el cliente no puede analizar qué parte del precio total equivale al cambio y cual al resto de servicios y productos

g. El mercado es altamente heterogéneo.

200. Finalmente, en las vistas celebradas, el equipo pericial de DAF ha destacado la existencia de una horquilla no explicable de entre el 0,4% y el 1,7% que se juzga económicamente significativa pero que, por tanto, requiere de la ciencia económica para su explicación. Se defiende que la parte actora no ha formulado una teoría del daño coherente que explique tal horquilla. Por otra parte se ha señalado que si se establece una interrelación daño y beneficio no debemos olvidar el margen de beneficio del infractor. Y en este sentido, un incremento del precio del 1% sería un incremento del margen del 11%, un incremento del 2% sería un incremento de los márgenes de beneficio del 25%. Un 5% de beneficio supondría un incremento del 98%. No obstante, se trata de alegaciones realizadas por el Sr. Jose Manuel en el acto de la vista en la medida en que los márgenes no han podido ser comprobados dado que las cuentas anuales no se han aportado en ninguno de los procedimientos.

A. Necesidad de construir una teoría del no daño.

201. Mucho se ha escrito y debatido sobre la teoría del daño de la actora. No obstante lo anterior, debemos señalar que, presumida la existencia del daño y siendo necesaria la refutación, es necesario que el demandado aporte una teoría del no daño si defiende que el cártel no causó daño alguno a los perjudicados.

202. Las SSTs de 12-14 de junio de 2023 nos señalan que nada impide que el demandado acredite que la conducta no causó daño. Y el propio Tribunal supremo descarta las "hipótesis plausibles" que se esgrimen por los demandados para acreditar la inexistencia de un daño.

203. Así, señala que *algunas de estas hipótesis se formulan sobre bases incorrectas (que el acuerdo tuvo por objeto el intercambio de información y no la fijación de precios); otras no son plausibles (que el pacto entre los cartelistas lo fue para fijar un precio inferior al que resultaría de una competencia no distorsionada); y, finalmente, otras exigen basarse en hechos que el tribunal de apelación haya considerado probados, lo que no ocurre en este caso (la existencia de passing on a los siguientes eslabones del mercado)*. De la misma forma, tampoco puede admitirse que los descuentos hayan absorbido el posible daño. Señala el Tribunal que *esos descuentos, que dependen principalmente del poder de negociación del cliente, se producen haya o no acuerdo colusorio. Y no se ha probado que la política de descuentos haya nacido como consecuencia del cártel. Sentado lo anterior, si existe un cártel que ha elevado los precios brutos, esos posibles descuentos se habrán producido desde un nivel de precios más alto que si no hubiera existido el cártel. En definitiva, por más que intervengan diversos factores en la fijación del precio final, si se parte de un precio bruto superior al que habría resultado de una competencia no distorsionada por el cártel, el precio final también será más elevado*. Se trata del "efecto marea", gráficamente reconocido por el Tribunal de Distrito de Ámsterdam de 12 de mayo de 2021. Lo que impugna el Tribunal es que esa absorción de sobreprecio por los escalones intermedios (vinculados jurídica o económicamente a los fabricantes) hayan podido absorber durante 14 años de forma sistemática cualquier tipo de sobreprecio. Por último, se señala que *la heterogeneidad de los productos afectados por el cártel (por la gran variedad de modelos de camiones y de equipamientos) dificulta que los demandantes puedan probar la cuantía precisa del daño, pero no excluye la producción del daño como sostienen las demandadas*.

204. Dicho lo anterior, el foco suele ponerse en la teoría del daño. La llamada teoría del daño es un concepto polisémico y que cumple funciones diferentes. Funciones que dependen, también, no solo de la fase del procedimiento de competencia sino del ordenamiento jurídico en el que nos encontramos. Es un concepto, por tanto, de difícil aprehensión. Por ejemplo, la teoría del daño es un concepto nuclear para la declaración de infracción. Desde que la Comisión europea adoptó un enfoque más económico (*a more economic approach*) en la persecución de los ilícitos anticompetitivos, la construcción de una teoría del daño se nos ofrece crucial, por ejemplo, en los ilícitos del artículo 102 TFUE. No obstante haber adoptado el Tribunal de Justicia una posición excesivamente formalista en algunos ilícitos, lo cierto es que la Comisión ha intentado que la orientación adoptada en la aplicación del artículo 102 TFUE eluda las reglas *per se* y adopte un *effects-base approach* (enfoque basado en los efectos). La construcción de una correcta teoría del daño se ofrece así como uno de los elementos clave en la determinación del ilícito por abuso de posición de dominio, sea este explotativo o de exclusión. Ello es así desde 2009 y, muy especialmente, tras el nuevo impulso modernizador adoptado en 2023 de las *Orientaciones* de 2009 (modificadas igualmente en 2023)-

205. La teoría del daño es importante, igualmente, en la aplicación privada del Derecho de la Competencia, en el caso del ejercicio de acciones *stand-alone* en la medida en que se trata, nuevamente, de una acción de tipo declarativo de la existencia de una infracción. Como ya hemos advertido en otras ocasiones, en aquellos casos en los que se pretende es la declaración de un ilícito anticompetitivo, el estándar de prueba al que se enfrenta el demandante deberá ser equivalente a aquel que enfrenta una autoridad de competencia.

206. El carácter disciplinador del mercado del derecho de Defensa de la Competencia, exija eludir los errores de tipo 1, frente a los errores de tipo 2. Dicho de otra forma, nuestra aversión al error es mayor en el caso del tipo 1 que en el caso del tipo 2. Y ello por una razón muy clara: si asumimos los falsos positivos con mayor facilidad que los falsos negativos estaremos favoreciendo, no ya la litigación temeraria, sino castigando la eficiencia en el mercado. Especialmente cuando se trata de ilícitos del artículo 102 TFUE, en los que la existencia de una posición de dominio nunca será ilícita. Tan solo el abuso lo será. Y, para ello, será necesario articular correctamente la teoría del daño. La teoría del daño es importante igualmente en la integración de acciones colectivas y, en algunos sistemas, en su certificación inicial.

207. Ahora bien, en el caso de acciones *follow-on*, debemos recordar que el daño se presume en el régimen de la Directiva. En el régimen pre-Directiva, como ocurre en el presente caso, existe igualmente una presunción judicial (ex 386 LEC) de que el cártel causó daños. La existencia de una presunción de daño supone que el sistema presenta una mayor aversión al error de tipo 2 (falso negativo) que al error de tipo 1 (falso positivo). Es claro que ello tiene que ver con el estándar probatorio al que se enfrenta la parte demandada.

B. Teoría del daño cero y estándar probatorio.

208. Como venimos señalando, la clave de los litigios relativos a la aplicación privada del Derecho de la Competencia se encuentra en la determinación del estándar mínimo probatorio exigible a cada una de las partes. La existencia de presunciones que facilitan la acreditación del daño a la parte actora supone que la cuestión del estándar deberá ser analizada, en primer lugar, desde la perspectiva de la parte demandada.

209. El principio de igualdad (art. 14 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (24 CE) no exigen que el estándar probatorio se sitúe en el mismo nivel para ambas partes si demandante y demandado se encuentran en posiciones de asimetría probatoria. El principio de efectividad exige remover los obstáculos que puedan devenir ineficaz la reclamación de daños como derecho reconocido por el ordenamiento comunitario. El infractor del Derecho de la Competencia no se puede ver beneficiado por una suerte de nivelación, máxime cuando su conducta ha podido perjudicar a quienes se encuentran más alejados en la cadena causal y, por tanto, menos cercanía tienen respecto de las fuentes de prueba. De la misma manera, tampoco le puede beneficiar por el hecho de que el daño se haya diseminado en el mercado, agrediendo a múltiples operadores económicos de pequeño tamaño con menos capacidad para litigar que ellos. En este sentido, el infractor, como regla general, debe agotar todas las fuentes de prueba que se encuentren a su disposición tanto para explicar la conducta desde un punto de vista económico, como para determinar la existencia o no de un daño y, en su caso, la existencia de un sobreprecio.

C. Validación de la teoría del daño cero de la parte demanda: test de plausibilidad o del sentido económico.

(1) Consideraciones generales.

210. La demandada ha tenido más de 8 años para preparar su defensa con pleno acceso y disponibilidad a las fuentes de prueba. El 20 de septiembre de 2010, las empresas del grupo MAN solicitaron la dispensa del pago de las multas dentro del marco del programa de clemencia. El 28 de enero de 2011, Volvo/Renault solicitó una reducción de las multas, seguido de Daimler el 10 de febrero de 2011 a las 10.00 de la mañana, e Iveco el 10 de febrero de 2011, a las 22.22 horas.

211. El 28 de enero de 2011, Volvo/Renault solicitó una reducción de las multas, seguido de Daimler el 10 de febrero de 2011 a las 10.00 de la mañana, e Iveco el 10 de febrero de 2011, a las 22.22 horas.

212. Tras la adopción del pliego de cargos, los destinatarios se dirigieron a la Comisión de manera informal y solicitaron que se tramitara el asunto con arreglo al procedimiento de transacción. La Comisión decidió iniciar un procedimiento de transacción en el presente asunto después de que cada uno de los destinatarios confirmara su voluntad de entablar conversaciones con vistas a una transacción. Posteriormente, MAN, DAF, Daimler, Volvo/Renault e Iveco enviaron a la Comisión su solicitud formal de transacción con arreglo al artículo 10 bis, apartado 2, del Reglamento (CE) nº 773/2004 de la Comisión

213. Por tanto, es hecho no controvertido que la demandada presentó ante la Comisión europea una declaración reconociendo su participación en un cártel secreto paneuropeo sobre fijación indirecta de precios y aumentos de precios brutos en el EEE para los camiones medianos y pesados así como pactos relativos al calendario y la repercusión de los costes de la introducción de las tecnologías de emisiones para los camiones medianos y pesados exigidas por las normas EURO 3 a 6. La infracción se prolongó desde el 17 de enero de 1997 hasta el día 18 de enero de 2011 (Datos Decisión [2016]). Por tanto, desde el 10 de febrero de 2011 la demandada conocía que podría ser objeto de reclamaciones de daños por las adquisiciones de camiones llevadas a cabo, al menos, entre el 17 de enero de 1997 y el 18 de enero de 2011. La infracción supuso una multa de 752.679.000 EUR.

214. La salvedad en relación con las fechas es importante. La declaración de la Comisión no excluye que la cartelización fuera previa, pero entonces no estaremos ante una acción *follow-on* sino *stand-alone* ni tampoco excluye que el daño no se haya podido mantener con posterioridad, si el nivel de precios no se reajustó inmediatamente con posterioridad a la infracción. Con todo, como decimos, la demandada ha tenido más de 8 años para preparar su defensa, con pleno acceso y disponibilidad a las fuentes de prueba. Resulta increíble que los infractores, al tiempo de realizar la solicitud de exención de multa, no hayan realizado un análisis, siquiera preliminar, de los posibles daños causados por la conducta. Entre otras cuestiones, por cuanto el procedimiento híbrido les permite entrar en negociaciones con las Autoridades de Competencia y anticipar la propia decisión sancionadora. Les permite igualmente realizar impugnaciones de confidencialidad, impugnaciones que no podemos descartar que, en muchos casos, vayan dirigidas a obstaculizar las posibles acciones de daños que se puedan ejercitar con posterioridad.

215. Ello supone una gran asimetría entre las partes. Mientras que el tiempo juega a favor de la parte demandada, lo hace en contra de la parte actora que cuenta con un exiguo plazo de prescripción de 1 año a partir de la publicación de la Decisión de la Comisión. La publicación se produjo el día 19 de julio de 2016. Por tanto, como decimos el estándar probatorio exigible a la parte demandada para refutar la existencia de daño, bien mediante prueba, bien mediante presunción, debe ser muy elevado. El demandado, en definitiva, al menos en relación con las fuentes de prueba, debe agotar todas las disponibles.

216. El hecho de que una decisión transaccional sea un "lo tomas o lo dejas" no cuestiona ninguna de las afirmaciones anteriores. A través del acuerdo transaccional, la demandada DAF decidió reconocer su participación en un cartel secreto paneuropeo de 14 años de duración. Esto es, reconoció que el intercambio de precios fue ilícito.

(2) *Teoría del no daño y test del sentido económico de la conducta o test de plausibilidad.-*

217. En este sentido, es cierto que el análisis econométrico presentado parte de una visión aséptica de la infracción. Es cierto igualmente que la posición de DAF ha ido evolucionando a lo largo del tiempo y que en el presente caso contamos no solo con un informe de refutación sino con un informe de cuantificación. Con todo el informe de cuantificación descarta la existencia de daño aun a pesar de admitir que existe una horquilla no explicable a través de los *proxies* empleados. Se trata simplemente de una parte del precio no explicable pero económicamente significativa. Agradecemos igualmente que se haya reconocido el carácter económicamente significativo de la horquilla, cuestión que fue objeto de negación por otros peritos.

218. No obstante, el informe econométrico no es suficiente.

219. Ha sido habitual en las vistas de la presente infracción que se preguntara expresamente por la razón de la cartelización, esto es, por el uso concreto de los datos que se habrían intercambiado. La postura de las demandadas ha sido siempre la misma, la de absoluto mutismo. En más de un caso, los peritos han contestado, honestamente, que los propios fabricantes declinaron realizar ningún tipo de comentario a pesar de haber mostrado interés el propio perito por la conducta de las empresas participantes en el cártel.

220. Me parece una pregunta oportuna y que no debe ser banalizada. Si hablamos de un intercambio sistemático de información sensible, que afectaba tanto a los precios brutos de lista como a sus incrementos y al calendario y repercusión de los costes de la introducción de las tecnologías de emisiones legalmente exigidas durante catorce años, intercambio que se realiza durante muchos años al máximo nivel y, a partir de 2002, a través de las filiales alemanas que seguían reportando a las sedes centrales, es razonable preguntarse por qué. Por qué y para qué. Esto es, es razonable preguntarse por el sentido económico de la cartelización. Es claro que ello nos puede llevar a obtener respuestas que incurran en algún tipo de sesgo (*post hoc, ergo propter hoc*), pero nuevamente será tarea de la ciencia económica plantear la plausibilidad de tales afirmaciones. Enfrentar la teoría del no-daño desde la perspectiva del sinsentido económico no parece extraño.

221. Cinco datos: 1) el cártel duró 14 años; 2) el cártel fue secreto; 3) los infractores representan conjuntamente el 90% del EEE de camiones medianos y pesados; 4) la conducta no consistió en un mero intercambio de información de carácter inocuo y es considerada por la Comisión Europea como ilícita y muy grave; 5) el cartel es sancionado con una multa récord.

222. En tales circunstancias, establecer como *canon procesal* que, ante una infracción que tiene por objeto la política de precios de los principales fabricantes de camiones en el EEE, por afectar a información altamente sensible relacionada con el precio, debe encontrarse una buena explicación económica para poder asumirse la teoría del daño cero, no parece elevar el estándar probatorio de forma irracional, ni incurrir en vulneración alguna del derecho de defensa. En definitiva, lo único que estamos estableciendo es que, en materia de daños, la postura del daño cero requiere de una explicación económica racional y que la misma no puede sino construirse a partir de la propia conducta de los infractores. En ausencia de dicha infracción, la tesis

del daño cero debe ser rechazada y, en consecuencia, debe procederse en su caso a la cuantificación que, necesariamente, habrá de ser positiva.

223. Es fácil que un informe aséptico acabe perdiendo el punto focal de la cuestión. Para determinar que la conducta no causó ningún efecto significativo, es exigible que el infractor lleve a cabo una conducta honesta, y ofrezca el sentido económico de la participación en el cartel sobre la naturaleza de la información intercambiada y el beneficio obtenido. La falta de sentido económico en una conducta que tiene por objeto el precio es un buen indicador, a nuestro juicio, de un probable incremento del precio. Y es una buena razón para la condena.

224. Sin embargo, los infractores decidieron omitir dicha información a sus defensas y a sus peritos, forzando a los tribunales a buscar una aguja en un pajar. Tras una declaración de infracción, el derecho de daños que se desarrolla en el marco del Derecho de la Competencia (el Derecho de daños antitrust), no puede exigir a los tribunales buscar agujas en los pajares. Si no hay daño, tal posición ha de ser construida a todos los niveles, de forma concienzuda, agotando todas las posibles explicaciones. La hipótesis alternativa causal requiere de un verdadero esfuerzo probatorio.

225. En este sentido, el recurso a la doctrina científica y la cita del estado actual de la literatura sobre los intercambios de precios brutos debe hacerse con cautela puesto que puede alterarse el orden natural de las cosas y, especialmente, el objeto mismo del proceso. La línea argumentativa de los infractores, en este punto, no nos parece acertada. Con carácter general, se han venido amparando en que la doctrina científica no ha conseguido identificar claramente los factores que, en el caso del intercambio de precios brutos de lista, ausente un pacto sobre los descuentos, puede suponer el incremento del precio para los compradores finales. Claro que ello siembra dudas sobre si lo que realmente se impugna es la razón misma de la decisión de la Comisión Europea. Debemos tener cuidado con el posible sesgo que de forma implícita se nos ofrece al presentar la conducta como posiblemente inocua, prácticamente con una correlación de 50/50 con la anticompetitiva. Lo cierto es que ese estadio ya se superó el día que la Comisión impuso una sanción a través de una decisión transaccional.

226. Buena muestra de ello es el informe Oxera aportado sobre "cómo evaluar los efectos de la infracción en el mercado de los camiones". La cita del informe de la OCDE y de la *Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal* (OJ C 11, 14.1.2011, p. 1-72) debe ser tomada con suma cautela. Del conjunto de alegaciones contenidas en el escrito de contestación y de las afirmaciones llevadas a cabo en los citados documentos podría pensarse que la demandada lo que discute es la sanción misma de la Comisión. Llama la atención el hecho de que se incida tanto en los posibles efectos procompetitivos de una conducta consistente en el intercambio de información, cuando la propia comisión teniendo en cuenta las Directrices descartó que el carácter ilícito de la conducta e impuso una multa record. El informe de la OCDE (2010) trataba sobre la oportunidad de sancionar o no los intercambios de información. En este caso, el intercambio ha sido objeto de una sanción ciertamente dura aceptaba voluntariamente por la demandada. No es un mero intercambio de información sino que se trataba de información altamente sensible desde el punto de vista competitivo. La parte demandada ha prescindido de cualquier aspecto competitivo de la información intercambiada.-

227. Por otra parte, la doctrina no puede entenderse al margen de la realidad de cada caso concreto. Y de la misma forma que se dice que el daño no puede calcularse por referencia a meros estudios estadísticos, tampoco puede admitirse una teoría del no daño amparado en meras hipótesis sin tener en cuenta la realidad de la conducta concreta y la naturaleza de los intercambios objeto de enjuiciamiento. Si revisamos los estudios al uso en materia de cárteles consistentes en intercambio de precios brutos de lista observamos que la misma es escasa y pocos los ejemplos que se han tenido en cuenta. Es un cártel "no clásico", estamos de acuerdo. Pero también que los efectos anticompetitivos son probables, de ahí que se haya mantenido un enfoque por objeto y no por efecto.

228. Frente a ello, encontramos la existencia de un cártel secreto de 14 años de duración, en el que no consta, ni se ha intentado acreditar, posibilidad alguna de desviación, y en el que la información intercambiada era altamente sensible. Información que afectaba directamente al precio y que, sin perjuicio de no existir una traslación directa entre el precio bruto de lista y el precio neto abonado por el comprador debido al complejo mecanismo de fijación de precios, lo cierto es que el precio bruto de lista es tenido en cuenta a la hora de fijar los distintos precios aguas abajo. Ya lo hemos razonado anteriormente. Las afirmaciones realizadas por la demandada no son consistentes con la Decisión sancionadora. Tampoco se explica el sentido económico de los precios brutos de lista si los mismos se encuentran totalmente desligados del precio neto ni la razón por la que intercambiar la información relativa a los mismos eliminando uno de los pocos elementos de incertidumbre en un mercado altamente transparente.

229. Es evidente que podemos admitir en línea de principio y para evitar cualquier sesgo, que el intercambio de información estratégica y sensible para la conformación de los precios (en este punto, no solo brutos sino también al neto) durante 14 años no causó daño alguno, pero para ello se nos debe ofrecer una teoría plausible que considere la naturaleza de la información intercambiada, y, sobre la base de aquella realidad fáctica, la construcción de una teoría del no daño que sea creíble. Esto es, la hipótesis alternativa causal, en el caso de los daños causados por cartel, debe ser, no solo meramente teórica, sino contar con una base fáctica que la sustente. De lo contrario, estaremos haciendo un juicio sobre ciencia económica y no sobre hechos. La teoría del no-daño no puede convertirse en un ejercicio meramente teórico desligado de la realidad. Toda teoría del daño debe sustentarse sobre datos. Y dichos datos deben partir de la realidad de los intercambios en los que consistió el cártel.

230. Los infractores no han acreditado las eficiencias que el intercambio de información sensible pudo generar ni, en referencia a ello, cual era por tanto el beneficio económico del intercambio de tal información. Lo único que podemos saber es que el intercambio se realizaba de forma secreta, que el cártel se preocupaba por mantener el secreto de tales intercambios y que la información era altamente sensible desde el punto de vista competitivo hasta el punto de que " *la precisión y el detalle de la información intercambiada entre las partes superaba con creces todo lo que éstas podían obtener del mercado*" (decisión Scania [2017] ap. 262).

231. Es un hecho reconocido que los fabricantes se negaron a compartir con sus peritos y con las defensas letradas la realidad de los intercambios, los efectos de los mismos y la finalidad económica perseguida. Ello sesga cualquier conclusión alcanzada sobre la base análisis económicos complejos en los que siempre hay un margen de discrecionalidad para los peritos, cuestión altamente técnica.

232. Ello supone una limitación al alcance, necesariamente, de la prueba econométrica. No compartimos el hecho de que la misma sea completamente aséptica. Como hemos señalado en otras ocasiones, el litigio civil no consiste exclusivamente en análisis econométricos so pena de convertir la cuantificación (sea esta cero o positiva) en un ejercicio de chamanismo cuantitativo. Y la teoría del no-daño resulta de tangencial importancia. La explicación de la razón por la que el cártel no ha causado daño, de acuerdo con los datos y pruebas que la propia demandada pueda aportar, es la base necesaria para la comprensión del informe pericial de la parte demandada. Es el contexto. De lo contrario, nos quedamos huérfanos de cualquier tipo de explicación.

233. Más allá, no podemos dejar de considerar, por su relevancia, la advertencia que realiza el *Competition Appeal Tribunal* en su sentencia *Royal Mail Group Limited v DAF Trucks Limited and Others* [2023] CAT 6. En su decisión de 7 de febrero de 2023, el CAT muestra sus recelos sobre la posibilidad de que la teoría del daño de DAF estuviera sesgada por la narrativa procedente de la propia DAF. Ello tiene que ver con el hecho de que uno de los integrantes del equipo de Compass Lexecon había asesorado a DAF desde 2013/2014, mucho antes, por tanto, de que se llegara al acuerdo transaccional con la Comisión Europea, lo que no había sido revelado sino hasta que el procedimiento se encontraba muy avanzado.

234. En el párrafo 254 de la sentencia se advierte que el Profesor Antonio había manifestado que no preguntó a DAF acerca de cómo empleaba la información obtenida del cartel, advirtiendo el CAT que tal información es *sin lugar a dudas potencialmente relevante para cualquier teoría del daño* y que *la ausencia de curiosidad al respecto es preocupante* dado que si tal pregunta se hubiera formulado, la información ofrecida por DAF hubiera sido relevante y habría estado obligado a desvelarla. Sin embargo, continúa señalando la sentencia *la estrategia de DAF ha sido la de no aportar pruebas sobre el funcionamiento interno del cártel y si el profesor Antonio hubiera revelado esa información, DAF se podría haber visto obligada a aportar pruebas fácticas al respecto*. Con todo, el propio tribunal advierte que no se trata de que no crean al Prof. Antonio en cuanto a que no realizó aquellas preguntas sino *que tenemos la sensación incómoda de que el planteamiento del profesor Antonio indica que puede haber llegado a estar demasiado alineado con su cliente y ser insuficientemente independiente*.

235. Con todo, el propio CAT advierte que ello no será razón de rechazo del informe pericial, aunque implica que deberán ser prudentes sobre la admisión de lo afirmado en el informe.

236. Es cierto que no le hemos dado la oportunidad al Sr. Jose Manuel de refutar aquella manifestación. No lo hemos considerado necesario entre otras cuestiones por respeto a la postura del Sr. Jose Manuel. Se trataba de una información que afectaba, no al Sr. Jose Manuel, sino al Sr. Antonio por lo que hubiera resultado en un exceso comprometer la posición del Sr. Jose Manuel, sometido a juramento de decir verdad, sobre la posición del Sr. Antonio ante el CAT. No ponemos en duda tampoco la alta cualificación técnica del Sr. Jose Manuel ni que el mismo en sus manifestaciones haya sido honesto. Tampoco su profesionalidad. De hecho, agradecemos la colaboración para con el tribunal y la honestidad que en sus respuestas ha dado en las vistas que se han celebrado. Tampoco la del Sr. Antonio. Sin embargo, afecta a la posición de DAF que, sin duda, ha optado por una estrategia equivalente tanto en Reino Unido como en España.

237. La discusión que introduce el CAT sí que nos parece relevante desde el punto de vista de la censura general que hemos venido haciendo desde el principio. Solo la pericial de DAF ha venido a reconocer un posible sobreprecio no explicable de entre el 0,4 y el 1,7%. El resto de infractores se han mantenido, en una curiosa unidad de acción, en la teoría del daño 0.

238. Como hemos señalado, existe una pregunta para nosotros importante, y es la relativa al funcionamiento interno del cártel, al uso que se dio a la información sensible intercambiada. Y de la misma forma que el propio CAT advertía, *la estrategia de DAF ha sido la de no aportar pruebas sobre el funcionamiento interno del cártel*. No solo ha sido la estrategia de DAF sino que ha sido la estrategia de todos y cada uno de los implicados en el cártel. Más allá de que resulta paradójico que los integrantes de un cártel sancionado adopten la misma postura defensiva sin fisuras, lo cierto es que la estrategia de los miembros del cártel ha sido la de no revelar cómo funcionaba internamente el cártel ni a sus defensas ni a sus peritos. Algunos manifestaron no haber preguntado, otros no haber obtenido respuesta. Ello condiciona la teoría del daño que la parte somete a nuestra validación y, en nuestro punto de vista, sí que es relevante para la admisión de cualquier teoría sobre un principio básico de plausibilidad.

239. Como ha señalado el Tribunal Supremo en las SSTs de 12-14 de junio de 2023, resulta probable que el cártel haya causado un daño. Es más probable que el efecto del cártel sea positivo que negativo. Y dentro de ese rango de probabilidad, la prueba del no daño, que sin duda es posible, requiere de un especial esfuerzo probatorio. No nos parece admisible que la parte demandada, que ha participado en un cártel secreto durante la friolera de 14 años, pueda ampararse en el carácter secreto de su conducta para, omitiendo cualquier explicación sobre el funcionamiento del cártel, para lograr eludir el pago de una indemnización al poder diseñar teorías del no-daño que le sean favorables. Porque el contexto es importante, y contextualizar los datos sirve para darle sentido a los mismos. Es tanto como premiar al buen cartelista que es contumaz en su conducta.

240. Una vez sancionada una conducta cartelista, los infractores deben arrojar toda la luz que sea posible sobre su conducta. Nótese que no requerimos un juicio de intenciones. Todo lo contrario, requerimos información validable sobre el funcionamiento del cártel y los beneficios obtenidos. No meras teorías. A partir de ahí, una vez identificado el funcionamiento interno, requerimos una teoría del daño que, de forma plausible, sea coherente con la posición de la demandada.

241. La parte demandada no ha aportado ni una sola prueba sobre la realidad de los intercambios, tanto en cuanto a la naturaleza misma de la información ni sobre, lo que es más importante, la razón del intercambio de la información entre los directivos de las empresas afectadas. No ha aportado ninguna prueba de la existencia de desviaciones efectivas por parte de los infractores, en particular, por la entidad DAF. Esto es, la parte demandada formula una hipótesis sobre la ineficacia de un cartel de 14 años de duración sin aportar los datos que sustenten que, en efecto, los principales fabricantes de vehículos de camiones en el EEE se cartelizaron secretamente, adoptando medidas para garantizar la confidencialidad de los intercambios, al más alto nivel de las empresas, y que al mismo tiempo estaban engañando al cártel pero sin aportar ni una sola evidencia de que tal desviación se haya producido. La posición de la parte demandada carece de sentido económico puesto que nadie se arriesga durante 14 años a duras sanciones si su conducta no tiene algún sentido económico. Y si así hubiera sido, si tan irracional hubiera sido su comportamiento, huelga decir que la condena debe producirse en los mismos términos.

242. Queda por atender una última cuestión toda vez que ha sido objeto de alusión en algunas de las vistas. Puede que los fabricantes no fueran conocedores de la conducta y que la denuncia del cártel se hubiera producido tras la publicación en 2011 de las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal. Curiosamente ello nos lleva a valorar un elemento subjetivo. El grado de conocimiento del carácter ilícito de la conducta. Esto es, puede que los infractores intercambiaran dicha información sin ser conscientes del carácter ilícito de la misma. Básicamente los infractores lo que solicitan es una absolución por desconocimiento del carácter ilícito de la conducta y lo que se denuncia es el sesgo retrospectivo en el que habríamos incurrido los Tribunales al analizar con los ojos de ahora una conducta del pasado.

243. Sin embargo, se trata de una cuestión que ya hemos valorado con anterioridad al tiempo de describir la conducta. Las directrices de 2011 nada cambiaron. El carácter secreto del cártel y el conocimiento de la conducta ilícita se reafirma no solo por el hecho de que las reuniones se realizaban al más alto nivel de los fabricantes sino en el propio comportamiento de los cartelistas. Prueba de ello es el hecho de que los nuevos miembros eran tratados con desconfianza (ap. 95). No obstante, una vez se accedía al círculo de confianza, la cordialidad de los participantes era la norma.

244. El carácter secreto, la desconfianza hacia nuevos miembros y la negativa a comunicar datos a las revistas, permite considerar que los demandados conocían el carácter ilícito de la conducta. Al menos tenían una alta

sensación de antijuricidad. De lo contrario, no se esconderían. Y cabe preguntarse, quién realiza una conducta ilícita, a sabiendas de exponerse a importantes sanciones, sin ningún beneficio aparente porque el cártel, según la teoría de los demandados, era un cártel fracasado durante 14 años. No decimos que dicha posición no pueda ser sostenida. Pero sí que debe superarse el test del sentido económico de la misma. Al no haberse superado. La misma debe ser rechazada.

DÉCIMO.- Cuantificación del daño realizado por la parte actora.

1. Validación de informes de regresión económica.

245. Debemos recordar que, la dificultad de explicar un fenómeno ocurrido hace tanto tiempo, que limita la información con la que se puede contar y la base del estudio, hacen imposible, como señala el párrafo 14 de la Guía Práctica, que se cuenten con pruebas directas relevantes para la cuantificación del daño (*Guía Práctica que acompaña la Comunicación de la Comisión sobre cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 y 102 del TFUE*)

246. El párrafo 26 de la Guía Práctica indica que existen diversos métodos para elaborar un escenario sin infracción. Los más utilizados (par. 27) son los métodos comparativos que toman los datos observados en el periodo no afectado para compararlos con el periodo afectado, o en los mercados no afectados para compararlos con su evolución en los mercados afectados.

247. En el caso de que se utilice el método de comparar el mercado afectado por la infracción, con un mercado no afectado por la infracción, conforme al párrafo 37 de la Guía Práctica, ha de ser el de que estos dos mercados sean suficientemente similares, teniendo en cuenta " *el grado de competencia y de concentración de dichos mercados, el coste y las características de la demanda y los obstáculos de entrada*". No obstante, corresponde a los órganos nacionales determinar si los mercados son suficientemente similares.

248. A través del método de comparación diacrónica en el mismo mercado (par. 38 de la Guía Práctica) consideramos " *la situación real durante un periodo en el que produjo efectos la infracción con la situación en el mismo mercado antes de que la infracción produjera efectos o después de que hubieran cesado*". Este método es recomendable utilizarlo, como se desprende del párrafo 41 de la Guía Práctica, cuando el ámbito geográfico de comparación y el producto a comparar sean muy similares, y no cuando se comparan " *mercados geográficos o de productos distintos*". También afirma el párrafo 45 de la Guía Práctica que " *en mercados monopolísticos puede plantearse otra cuestión, a saber, que los participantes en un cártel puedan utilizar el conocimiento adquirido mediante la operación del cártel para coordinar su conducta después sin infringir el artículo 101. En esta situación, es probable que los precios posteriores a la infracción sean más elevados que sin la infracción y puedan servir únicamente para hacer una estimación del límite inferior del perjuicio sufrido. El periodo de referencia más adecuado cuando las características centrales del mercado cambiaron radicalmente hacia el final del periodo de infracción debido a factores exógenos*".

249. Por el contrario, cuando lo que se compara es la evolución de una variable con relación a un escenario sin infracción, con respecto a la evolución de una variable en un escenario con infracción, durante el mismo periodo de infracción, estaremos ante un método sincrónico.

250. El párrafo 69 de la Guía Práctica define el análisis de regresión como las " *técnicas estadísticas que ayudan a investigar pautas en la relación entre variables económicas y medir hasta qué punto una variable de estudio determinada (...) está influida por la infracción y por otras variables que no están afectadas por la infracción*". Como señala el párrafo 70 de la Guía Práctica: " *En un análisis de regresión, se examina una serie de datos obtenidos para la variable de estudio y las probables variables influyentes por medio de técnicas estadísticas. La relación identificada se representa generalmente mediante una ecuación (denominada "ecuación de regresión" o "modelo de regresión"). Esta ecuación permite estimar los efectos de las variables influyentes en la variable de estudio y aislarlos de los efectos de la infracción. El análisis de regresión estima cuán íntimamente están correlacionadas entre sí las variables relevantes, lo que en algunos casos puede indicar una influencia causal de una variable sobre la otra*".

251. A la hora de realizar un análisis de regresión, el párrafo 71 de la Guía Práctica explica que hay dos enfoques posibles: (i) utilizar solo datos del periodo en el que no hubo infracción: " *si se utilizan solo datos de periodos en los que no hubo infracción para estimar la regresión, la ecuación de regresión se utilizaría para "predecir" el efecto de estimar sobre la variable de estudio durante el periodo de infracción sobre la base de la pauta identificada fuera de este periodo ("planteamiento predictivo")*"; o (ii) utilizar también datos del periodo (o mercado) de la infracción: " *Cuando, además, se utilizan también datos del periodo (o mercado) de la infracción para estimar la regresión, el efecto de la infracción se tendría en cuenta en la ecuación de regresión mediante un indicador variable aparte (denominado "variable ficticia")*".

252. El párrafo 72 de la Guía Práctica expone las ventajas de utilizar uno u otro planteamiento: "(...) mientras que el método predictivo tiene la ventaja de que permite elegir un modelo de regresión que se basa únicamente en datos obtenidos en el periodo sin infracción (y, por tanto, no afectados por los efectos de la infracción), utilizar datos de ambos periodos/mercados puede permitir una estimación más precisa y exacta de los parámetros de estudio, especialmente si los datos disponibles sin infracción son limitados o no permiten captar plenamente la dinámica del sector en cuestión".

253. Ahora bien, como indica el párrafo 81 de la Guía Práctica, es un requisito fundamental para emplear el análisis de regresión de manera adecuada para la estimación del daño, que exista un conocimiento suficiente del sector en estudio, por cuanto que *"cuando las variables influyentes estuvieron ellas mismas afectadas por la infracción, puede producirse un sesgo si no se toma en cuenta este aspecto"* y se corrige mediante la aplicación de técnicas estadísticas correspondientes.

254. Además, es preciso, como indica el párrafo 82 de la Guía Práctica, que el número de datos obtenidos (*"Sin un número suficiente de datos obtenidos, el análisis estadístico no puede identificar relaciones entre variables económicas"*) y el número de variables que traten de explicar el comportamiento de la variable objeto de estudio (*"Identificar el efecto de las variables influyentes sobre la variable de estudio requiere, por tanto, que se disponga de una serie de datos obtenidos suficiente para todas las variables consideradas"*), sea suficientemente significativo. De ahí que la toma de datos sea tan relevante, pudiendo estar los mismos agregados o desagregados, si bien estos últimos permiten *"analizar un número mayor de observaciones y, por tanto, obtener estimaciones más precisas"*.

255. Recuerda el párrafo 85 de la Guía Práctica, que el análisis de regresión, al partir de métodos estadísticos, se ve imposibilitado, por su propio concepto, de dar datos ciertos, ya que se tratan de verdaderas estimaciones. Y en este sentido, para resolver la incertidumbre que supone la estimación, el párrafo 86 de la Guía Práctica considera que ésta se puede resolver mediante la indicación de los resultados como un intervalo, o *"intervalo de confianza"* que se utiliza *"para describir cuán probable resulta que el verdadero valor se encuentre en un intervalo"*, existiendo la convención en economía de que *"una probabilidad del 95% de que un intervalo específico contenga realmente el valor buscado se considera un elevado grado de certeza"*.

256. Otra forma de analizar la solidez de un análisis de regresión, como explica el párrafo 87 de la Guía Práctica, es acudir al concepto de *"significación estadística"*, que es *"una forma habitual de comprobar si los resultados obtenidos en un análisis de regresión se deben al azar o reflejan de hecho una auténtica correlación"*. Para esto, el párrafo 87 de la Guía Práctica continúa argumentando que *"se comprueba una hipótesis determinada: en el ámbito de las demandas por daños y perjuicios, esa hipótesis podría ser, por ejemplo, si la infracción de cártel tuvo de hecho un efecto real sobre los precios o no. La hipótesis de que la infracción no tuvo efectos (...) se denomina "hipótesis nula". El análisis de regresión se utiliza entonces para comprobar esta hipótesis nula. Se dice que un resultado del análisis de regresión es estadísticamente significativo cuando es posible rechazar la hipótesis nula porque sería muy improbable que los resultados observados se debieran al azar. Por convención, en economía se considera que una probabilidad del 95% como mínimo de que se rechace la hipótesis nula permite juzgar que los resultados son "estadísticamente significativos"*.

2. Validación del informe de la parte actora

257. Como ya hemos señalado en otras resoluciones, no podemos demonizar el uso de datos internos de las compañías puesto que, habitualmente, serán la mejor fuente de conocimiento. No obstante ello, tampoco podemos establecer una crítica sobre aquellos informes periciales de los demandantes que han prescindido de los datos de las compañías para acudir a datos públicos cuando dado el gran volumen de datos que, incluso accediendo a los mismos, sería necesario manejar, a los efectos de crear una base de los mismos suficientemente amplia y robusta que permita exponer conclusiones con cierto rigor.

258. Seguimos en este punto lo que ya ha venido advirtiendo este juzgado con anterioridad. La parte demandante, utilizando los criterios expuestos de la Guía Práctica, ha utilizado un método sincrónico, esto es, un método comparativo entre un escenario infractor (evolución de los precios de los camiones medios y pesados) y un escenario no infractor (evolución de los precios de los camiones ligeros); así como un método diacrónico, esto es, un método comparativo entre la evolución de los precios medios y ligeros en el periodo sin infracción y su evolución en el periodo con infracción.

259. La principal crítica formulada por la asistencia letrada de la parte demandada es que, conforme al párrafo 37 de la Guía Práctica (antes transcrito), los mercados que quiere comparar el perito de la parte demandante, el mercado de los camiones ligeros y el mercado de los camiones medios y pesados, no reúnen los requisitos exigidos por la Guía Práctica, para que pudieran compararse, y utilizar, por tanto, un método comparativo: (i) la demanda; (ii) los costes; (iii) el grado de competencia y concentración de los mercados; y (iv) los obstáculos a la entrada. En concreto, los defectos que observa en la metodología del informe pericial de la parte demandante

hacen referencia fundamentalmente a la imposibilidad de comparar los mercados de camiones ligeros y de camiones medios y pesados, y esto en base a las siguientes consideraciones:

260. a) La validez de la estimación depende de la comparabilidad entre camiones de medio y gran tonelaje, y camiones ligeros. Existen importantes diferencias entre ambos mercados, que impiden que pueda efectuarse la comparación:

261. a.1.- El número de compañías en cada uno de estos mercados es diferente, como también lo es la evolución de la posición relativa de los fabricantes.

262. a.2.- Los camiones de medio y gran tonelaje, y los camiones ligeros, tienen diferentes usos finales, por lo cual es previsible que su demanda haya evolucionado de manera diferente.

263. a.3.- Las características de los camiones de medio y gran tonelaje difieren de las de los camiones ligeros en sus dimensiones, potencia de los motores, el peso máximo que puedan cargar, el número de ejes y la distancia entre ellos, el tipo de suspensión, el tamaño de la cabina, etc.

264. b) El informe pericial de la parte demandante atribuye erróneamente a la infracción las diferencias entre los precios de los camiones de medio y gran tonelaje y los de los camiones ligeros, sin tener en cuenta que existen otros factores que pueden explicar dichas diferencias.

265. c) El informe pericial de la parte demandante realiza numerosas suposiciones injustificadas a la hora de estimar los precios de los camiones de medio y gran tonelaje en ausencia de la infracción. En particular, el informe pericial de la parte demandante considera necesario tener en cuenta el efecto de los precios brutos de las diferentes marcas en el mercado de camiones de medio y gran tonelaje, pero no en el de camiones ligeros empleado como contrafáctico. Incluir variables relacionadas con las marcas es igual de relevante cuando se analizan los camiones de medio y gran tonelaje, como lo es cuando se analizan los camiones ligeros. Dado que el informe pericial de la parte demandante no controla este factor, una proporción del impacto observado de la infracción podría estar causado erróneamente por diferencias en el valor de la marca.

266. d) El informe pericial de la parte demandante no explica por qué comparan el precio estimado contrafáctico con un precio "fáctico" estimado, en lugar de hacerlo con el precio real de los camiones de medio y gran tonelaje.

267. De todas las críticas efectuadas, la de mayor importancia es, quizás, la relativa a la falta de comparabilidad de los mercados de camiones ligeros y de los camiones medios y pesados, tanto en relación a las variables utilizadas para los modelos de los distintos mercados como en relación a la similitud de los mismos, y la utilización de precios brutos. Y en este sentido, parece que debe llegarse a la conclusión de que el informe pericial de la parte demandante comete errores metodológicos graves que hacen imposible entender que la estimación hallada por el método sincrónico sea una cuantificación razonable de daño. En este sentido, si falla la base del análisis de regresión, la significación estadística de este análisis no arrojaría ningún resultado apreciable por este Juzgador. En este mismo sentido, la SAP Pontevedra (Sección 1ª), de 6 de octubre de 2020 afirma que "por tanto, advertimos la presencia de incertidumbres que nos impiden aceptar la premisa de que el método comparativo haya conseguido recrear un escenario contrafactual convincente. Si el método se debilita en su base, la regresión econométrica que se nos propone pierde igualmente fuerza de convicción, pues las variables utilizadas para el modelo de regresión de camiones medianos y pesados se reconocen diferentes de las utilizadas en los camiones ligeros (la omisión en estos últimos de la variable "marca" no se explica suficientemente, cuando aparenta resultar una variable con incidencia en el precio), lo que contrasta con la premisa de que los precios brutos de ambas categorías se determinan por variables similares; y de ahí obtenemos la conclusión de que el porcentaje de sobreprecio medio resulta sumamente inseguro".

268. Resulta así llamativa la exclusión de la variable marca en el análisis contrafactual del mercado de camiones ligeros. Todo parece indicar que la citada variable constituye un factor importante del precio sin que resulte justificada su exclusión, razón por la que de no excluirse se afecta a la variable cártel. De hecho, si la variable marca no debe considerarse, encontramos un poderoso argumento para concluir que los mercados no son comparables dado que si la existencia de marcas distintas afectan a la configuración de los precios, será precisamente porque la naturaleza del producto, la estructura de costes y las características del mercado de camiones ligeros, no permiten establecer términos de comparación, en los términos de la Guía Práctica, con el mercado de camiones medios y pesados.

269. Más allá de lo anterior, el hecho mismo de la configuración del precio neto de uno y otros mercados ofrece diferencias significativas dado el grado de personalización de los camiones medios y ligeros.

270. Es cierto que los camiones ligeros no son sustitutivos de los camiones medianos y pesados, pero la comparación debe establecerse en términos de similitud dada la estructura de mercado y no de

complementariedad. La estructura del mercado hace referencia a demanda, costes, grado de competencia y concentración, y barreras a la entrada, pero no, por tanto, al hecho de que los productos sean sustitutivos entre sí.

271. e) resulta por otra parte controvertida la exclusión del año 1997 y su cálculo mediante extrapolación. Así como las variaciones en torno a la variable potencia que se han sufrido por el informe pericial de la parte actora. Se trata de elementos significativos con un alto impacto en el resultado de la regresión.

272. Toda vez que no podemos tomar en consideración el método de valoración ofrecido como principal, no procede ya considerar el de contraste o confirmación.

273. Con todo, lo importante del análisis anterior, es que la principal crítica que podemos hacer al mismo es precisamente que las diferencias entre los mercados de camiones medios y pesados, por un lado, y el mercado de furgonetas y camiones ligeros, por otro, como contractual, impiden considerarlos como mercados similares en el sentido indicado por la Guía práctica de la Comisión Europea, sin que se haya señalado un mercado similar apto para establecer la comparación. Dado que, si no hay nada más parecido a un camión que otro camión, en palabras del perito de la parte actora, lo cierto es que será difícil encontrar un mercado de similares características al cartelista más allá de los mercados de furgonetas y camiones ligeros.

3. ¿cuantificación alternativa?

274. La parte demandada ha solicitado que, en el caso de desestimarse la teoría del daño cero, se estime el daño en la horquilla que se ofrece en el informe pericial de la parte demandada. Recordemos que DAF, hasta el momento, es el único demandado que ha llegado a aportar un informe de cuantificación en el que se reconoce la existencia de una horquilla económicamente significativa que no se puede explicar plenamente con el análisis de regresión económica. Resaltamos la cuestión de "económicamente significativa" a los efectos de reiterar la honestidad con la que el Sr. Jose Manuel contestó a las preguntas que se le formularon por el Tribunal en las distintas vistas contra DAF.

275. Como decíamos anteriormente, existen dos estadios de valoración. El primero es puramente binario. El segundo es de grado. En cuanto al primer nivel, se trata de determinar si el efecto del cártel en términos de daño es positivo o negativo. Esto es, si el cártel causó daño o no causó daño. En segundo lugar, se trata de cuantificar el daño. De esta forma, en el caso de que la parte actora haya acreditado suficientemente (haya superado el estándar) que la conducta causó un daño, la parte demandada no se puede limitar a cuestionar aquella cuantificación, debe ofrecer una cuantificación alternativa mejor fundada, esto es, debe ofrecer una hipótesis causal alternativa mejor fundada. Como decimos, el primer estadio es puramente binario. Daño positivo-daño negativo. El segundo es gradual puesto que se tratará de determinar la cuantificación concreta.

276. A partir de la anterior advertencia, cabe preguntarse si ambas posiciones puedan ser mantenidas al mismo tiempo. Esto es, que el infractor pueda aportar un primer informe de daño negativo o teoría de daño cero y al mismo tiempo una cuantificación alternativa. Mucho se ha discutido al respecto: ¿puede la parte demandada sostener una teoría de daño cero y, subsidiariamente, una teoría de daño positivo con cuantificación alternativa a la parte demandada?

277. En la STS, Sala 1ª, de 7 de noviembre de 2013 el Tribunal Supremo señala que es necesario que el informe pericial del reclamante *"formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos"*. Al mismo tiempo, establece que, si se ha determinado que la conducta ilícita ha generado un daño, no es suficiente que el informe pericial aportado por el responsable del daño se limite a *"cuestionar la exactitud y precisión de la cuantificación realizada por el informe del demandante sino que es necesario que justifique una cuantificación alternativa mejor fundada"*. Lo que no dice es que el demandado pueda sostener ambas posturas al mismo tiempo cuando las mismas se excluyen mutuamente.

278. La respuesta, por tanto, a la pregunta que nos hacíamos ha de ser negativa. El demandado goza de toda la información relativa al cártel. No solo tiene la base de datos interna de mayor valor sino que conoce la racionalidad misma del cártel. Más allá, en el caso de acciones *follow-on* tras un procedimiento de clemencia, la parte ha podido conocer desde muchos años antes la realidad del procedimiento administrativo, así como valorar la posible existencia de un perjuicio para los adquirientes de los productos o servicios afectados por la infracción. Dado que la buena fe debe exigirse en todo tipo de procedimientos (7 CC y 247 LEC), no parece que uno acuda con las "manos limpias" al procedimiento cuando lo estresa en favor de sus intereses más allá de lo razonable. Los infractores del Derecho de la competencia deben poder acudir al procedimiento y negar el daño porque, y debe ser admitido sin problemas, puede que la conducta no haya causado daño alguno. El juego de presunciones lo favorece: no nos encontramos nunca ante presunciones *iuris et de iure*, sino *iuris tantum*. Sin embargo, su postura procesal no puede basarse en la ambivalencia y en la contradicción.

279. La parte demandada conoce la naturaleza la información intercambiada y el efecto buscado por lo que se encuentra en la mejor posición para poder determinar si la conducta observada secretamente durante 14 años fue efectiva. No puede, por ello, mantener una postura ambivalente y contradictoria. La posición de daño cero y daño positivo es ambivalente y contradictoria.

280. Cuestión distinta es que, dentro del daño positivo, se establezcan varios grados en cuanto al alcance del daño. De hecho, ello es razonable en los informes periciales de regresión econométrica en los que se suelen ofrecer horquillas. Es admisible que un análisis de regresión económica pueda determinar un guarismo único, cierto y determinado y no una horquilla. No puede exigirse tal grado de precisión.

281. Solo si la parte demandada reconoce la posición de daño positivo podrá discutir la gradación mediante la aportación de una cuantificación alternativa.

282. Cuestión distinta es que el informe presentado por la demandada no sirva para poner en evidencia el informe pericial de la parte actora, lo que ha sucedido en el presente caso cuando la hipótesis planteada no está correctamente fundada.

283. Dicho lo anterior, hemos de señalar igualmente que el informe de DAF ya ha sido objeto de valoración por la instancia en el presente partido judicial. En este sentido, puede verse la SAP, Alicante, Civil sección 8 del 21 de abril de 2023 (ROJ: SAP A 684/2023 - ECLI:ES:APA:2023:684). Como hemos venido señalando, la litigación masiva debe exigir cierta línea continuista sin que sea admisible que unos mismos hechos sean objeto de enjuiciamiento en casos gemelos a lo largo de más de 5 años de forma continuada. Reevaluar cada caso a la luz, no de nuevas pruebas, sino de las pruebas ya practicadas y enjuiciadas con anterioridad, sea por la primera o por la segunda instancia, resulta inasumible, especialmente en una jurisdicción como la española, con infradotación de jueces, con medios escasos, sin concentración de competencias. Exigir tal esfuerzo continuado conlleva la demolición misma del sistema mediante el agotamiento de sus recursos.

284. A la vista de los informes presentados por DAF, la propia Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante, ha declarado la imposibilidad de cuantificación del perjuicio sufrido, y la necesidad de acudir al método de estimación judicial del daño. Ello nos llevaba igualmente a la solución adoptada en la presente sentencia.

UNDÉCIMO.- Estimación judicial del daño

285. Las SSTs de 12 a 14 de junio de 2023 han venido a confirmar parcial e indirectamente la posición de este juez adoptada en la SJM, Alicante Mercantil sección 1 del 04 de marzo de 2022 (ROJ: SJM A 2175/2022 - ECLI:ES:JMA:2022:2175). No obstante, aquella sentencia, que fue seguida posteriormente en múltiples resoluciones, adoptaba una posición que no coincide estrictamente con la asumida por el Tribunal Supremo.

1. Punto de partida: variabilidad de los criterios de estimación judicial entre los diferentes Tribunales españoles. Del daño mínimo al daño real.

286. La estimación judicial del daño en España ha sido objeto de fructífero e interesante esfuerzo argumentativo llevado a cabo por los Tribunales nacionales. Con todo, existen disparidades entre las diferentes Audiencias Provinciales. El panorama nacional en relación con el sobreprecio estimado puede ser resumido de la siguiente forma:

- a. 5% Álava, Córdoba, Soria, Palencia, Valencia, Pontevedra, Zaragoza, Zamora, Barcelona, Jaén, Girona, Murcia y Palma de Mallorca.
- b. 7% Coruña.
- c. 8% Asturias.
- d. 10% Alicante y Almería.
- e. 15% Vizcaya.

287. Ya entonces señalábamos que sin perjuicio de que el principio de seguridad jurídica (9.3 CE) ha generado cierta "dependencia del camino recorrido" (*path dependence*) entre las diferentes audiencias y juzgados, la lógica operativa de la estimación judicial no es idéntica en todas ellas. No todas las audiencias, a nuestro juicio, habían estimado lo mismo, ni de igual forma.

288. Algunas Audiencias Provinciales, véase por ejemplo la SAP Valencia (Sección 9ª), de 16 de diciembre de 2019, citando la antigua jurisprudencia del Tribunal Supremo, han señalado que el daño estimado no puede consistir en el que se hubiera podido percibir efectivamente en el proceso del que deriva el daño. En este sentido: *En supuestos en los que, por la naturaleza del daño, es compleja su cuantificación (por ejemplo, la pérdida de oportunidad en la responsabilidad de determinados profesionales, por ser el daño hipotético e incierto), el Tribunal Supremo ha declarado desde antiguo que, si bien las dificultades que presenta la*

cuantificación no impide que el juzgador haya de buscar los medios adecuados para alcanzar una correcta compensación por los perjuicios sufridos (Sentencia de 16 de diciembre de 1996), esa indemnización no puede consistir en lo que se hubiera podido percibir efectivamente en el proceso del que deriva el daño. De la Sentencia de 20 de mayo de 1996 resulta que la aproximación al alcance de los posibles daños no debe pretender "sustituir lo que pudiera haber sido el resultado definitivo, por ser ello, tarea imposible". Y la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2006 (ya citada) declara que no es de aplicación "el criterio de la libre discrecionalidad del juzgador, propia de los daños morales, a un daño que, ..., no tiene naturaleza moral, sino patrimonial, por más que lo incierto de su cálculo obligue a un juicio de valoración consistente en una previsión probabilística, formulada con la debida prudencia, ..." Extrapolando tales criterios a la situación que enjuiciamos, no es posible equipar la cuantificación judicial con la equivalente que resultaría de una prueba pericial correctamente planteada."

289. Esta parece ser la línea seguida por Álava, Córdoba, Soria, Palencia, Valencia, Pontevedra, Zaragoza, Zamora, Barcelona, Coruña, Jaén, Girona y Murcia.

290. Otras Audiencias, sin embargo, véase SAP Alicante, Sección 8ª, a 15 de octubre de 2020 (ECLI:ES:APA:2020:3024; ROJ: SAP A 3024/2020), parecen situarse en un plano diferente, no obstante partir del mismo presupuesto: no es posible equipar la cuantificación judicial con la equivalente que resultaría de una prueba pericial correctamente planteada.

291. El punto de partida de la SAP Alicante, Sección 8ª, a 15 de octubre de 2020 es conocido: "más allá de una media, lo propio en derecho de daños es la individualización del perjuicio en el caso concreto". Ahora bien, "a la vista de las dificultades de soslayar la falta de información certera", el Tribunal entiende justificado recurrir a la estimación judicial del daño, "cuando la falta de prueba es tan evidente". Atendiendo al caso concreto, la Audiencia señala que "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".

292. Por ello decíamos que el recurso a la estimación judicial no es ya un recurso que tiene por objeto la fijación de un daño mínimo, conservador, en palabras de la seminal SJM 3 Valencia de 20 de febrero de 2019 (ROJ: SJM V 34/2019 - ECLI:ES:JMV:2019:34), sino que tiene por objeto la fijación del daño real.

293. Y de forma relevante, la conclusión es que el porcentaje de sobreprecio no es ya el 5%, ni el 7%, sino un 10%, porcentaje ciertamente significativo.

294. La argumentación ha cambiado. No se trata ya de estimar el daño mínimo, se trata de acercarse aproximativamente al sobreprecio real. Nótese que el presupuesto del análisis de la sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia sigue incólume. Si aquella sentencia advertía "que no es posible equipar la cuantificación judicial con la equivalente que resultaría de una prueba pericial correctamente planteada", en el supuesto analizado por la Audiencia Provincial de Alicante no es posible equiparación alguna: ni siquiera una prueba pericial correctamente planteada hubiera podido determinar el daño causado con cierta precisión. La situación hipotética contrafáctica es de muy difícil reproducción, por lo que solo cabe (acreditada la existencia de un cártel, presumido que el cártel ha causado un daño y que existe una relación de causalidad entre la conducta y el daño), proceder a una estimación aproximativa del daño real.

295. En la SJM, Alicante Mercantil sección 1 del 04 de marzo de 2022 (ROJ: SJM A 2175/2022 - ECLI:ES:JMA:2022:2175) manteníamos que ambas posturas son complementarias, y lo que es más importante, ambas posturas serían perfectamente compatibles con el régimen del artículo 17.2 de la Directiva 2014/104/UE, de ahí que consideremos que nos encontramos ante una de las cuestiones nucleares para el desarrollo de la aplicación privada del Derecho de la Competencia, no ya nacional, sino comunitario.

296. Con todo, a la luz de las SSTs de 12 a 14 de junio de 2023, advertimos que nuestra conceptualización podría incurrir en un error. Entonces, en la SJM, Alicante Mercantil sección 1 del 04 de marzo de 2022 (ROJ: SJM A 2175/2022 - ECLI:ES:JMA:2022:2175), decíamos que la clave se encontraba en sede de estándar probatorio de ahí que dijésemos abiertamente que, en la disquisición entre daño mínimo y daño real, la cuestión era la siguiente: ¿cuál es el estándar probatorio exigible en relación con la acción ejercitada?

297. La razón, necesitamos aclararla, es importante. Seguimos intranquilos ante la posibilidad de afirmar que puede existir un daño sin cuantificación y que esta sea la solución que pueda alcanzarse en futuros litigios de competencia. Esto es, que presumida la existencia de un daño, deneguemos la indemnización por el hecho de que el mismo no haya sido cuantificado correctamente. Por esta razón defendíamos la teoría del daño mínimo en la SJM, Alicante Mercantil sección 1 del 04 de marzo de 2022 (ROJ: SJM A 2175/2022 - ECLI:ES:JMA:2022:2175). El daño mínimo debía entrar en juego en aquellos casos en los que, acreditada la existencia de un daño, la prueba relativa a la cuantificación había sido ciertamente escasa. De ahí la disquisición que se puede encontrar en el fundamento jurídico décimo de aquella sentencia (apartados 289 y

siguientes). De ahí que dijéramos, expresamente que *no solo es necesario establecer una presunción de daño sino también una presunción de daño mínimo*.

2. C orrección del criterio seguido en la *SJM, Alicante Mercantil sección 1 del 04 de marzo de 2022 (ROJ: SJM A 2175/2022 - ECLI:ES:JMA:2022:2175)* a la luz de las **SSTS de 12 a 14 de junio de 2023 : para acceder a la estimación judicial, incluso en su condición de daño mínimo, es necesario haber superado el estándar probatorio**.

298. El punto de partida era contextualizar la sentencia del cártel del azúcar, tantas veces citada. Como ha señalado el propio Tribunal Supremo en las citadas SSTs de 12 a 14 de junio de 2023 la referencia contenida en la STS de 7 de noviembre de 2013 a que "[l]o exigible al informe pericial que aporte la parte perjudicada es que formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos", no se hizo con la finalidad de establecer *un requisito imprescindible para que el perjudicado obtenga una indemnización de los daños provocados por el cártel*. Se trató del fundamento de la aceptación por el tribunal de la valoración de los daños del informe pericial presentado por el perjudicado en aquel litigio, que era impugnado por las empresas participantes en aquel cártel porque contenía errores en la valoración del daño. Por esa razón afirmamos, a continuación, que "el informe del perito de las demandantes contiene ambos elementos y que por tanto, a falta de otra hipótesis alternativa que pueda considerarse mejor fundada, la valoración de los daños realizada en dicho informe ha de considerarse razonable y acertada".

299. En definitiva, el hecho de que el informe pericial de la parte actora no sea validado, no supone que la parte actora, dado el conjunto de prueba obrante en las actuaciones, no haya superado el estándar probatorio exigible. De ahí que, superado el estándar probatorio, se pueda acceder a una indemnización de daño mínimo.

300. En este sentido, el Tribunal Supremo, en las citadas sentencias de 12 a 14 de junio de 2023 señalaba que *para decidir si el ejercicio de facultades de estimación del daño realizado en la sentencia apelada ha sido correcto, hay que valorar, siguiendo los criterios fijados en la sentencia del TJUE de 16 de febrero de 2023 citada, si la imposibilidad práctica de valorar el daño se debió a la inactividad del perjudicado. Y para realizar esta valoración no bastan las consideraciones generales o abstractas, sino que hay que atender a las circunstancias concretas del litigio*.

301. Nada dice el Tribunal Supremo sobre la prohibición de "soluciones salomónicas" ante discrepancias en los informes periciales. En la STS nº 651/2013, de 7 de noviembre, se advertía que *"el cálculo de las indemnizaciones haya de realizarse sobre hipótesis de situaciones fácticas no acaecidas realmente puede justificar una mayor flexibilidad en la estimación de los perjuicios por el juez. Pero no puede confundirse esta mayor flexibilidad con soluciones 'salomónicas' carentes de la necesaria justificación"*. No obstante, no creemos que pragmatismo deba ser confundido con "juicio salomónico". La equiparación, en sí misma es falaz. En efecto, la amplia discrecionalidad supone un reto que para el ejercicio jurisdiccional puesto que los jueces de instancia se ven obligados a determinar la cuantía razonable, proporcional y adecuada en un caso en el que el sistema procesal ha fracasado pues dicha cuantía no ha podido ser acreditada a través de la prueba, lo que nos puede dar cierta sensación de que en el caso concreto los Tribunales practicamos la conocida como Justicia del Cadí o la Justicia de la Palmera, esto es, la más absoluta de las arbitrariedades. Sin embargo, la frase del Tribunal Supremo hay que constextualizarla en los hechos concretos de la STS nº 651/2013, de 7 de noviembre y en el claro valor pedagógico respecto del ejercicio jurisdiccional que dicha afirmación contiene.

302. Solventado lo anterior, la consecuencia de la proclamación de la SSTs de 12 a 14 de junio de 2023 es clara aunque no era obvia tras la STJUE C-312/21 *Tráficos Manuel* de 16 de febrero de 2023 (ECLI: EU:C:2023:99). Lo hemos analizado al tiempo de establecer la distinción entre estándar de prueba y validación de informes periciales en el fundamento noveno de la presente resolución.

303. Ni la *Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (la Comunicación) ni la *Guía práctica* imponen un estándar probatorio, esto es, imponen un determinado tipo de informe pericial con la finalidad de permitir la cuantificación del daño. Tampoco son vinculantes para los órganos jurisdiccionales. Y en este sentido, se ha pronunciado la SSTs de 12-14 de junio de 2023.

304. La cuestión del estándar probatorio no es atacada realmente por la STJUE C-312/21 *Tráficos Manuel* de 16 de febrero de 2023 (ECLI: EU:C:2023:99). Sin perjuicio de que el Tribunal de Justicia se refiere a la actividad procesal de las partes, lo cierto es que tal cuestión no formaba parte de la cuestión prejudicial remitida por el juzgado de lo mercantil número 3 de Valencia. El Tribunal de Justicia no considera ni la primera frase del artículo 17.2 Directiva 2014/104/UE, ni la última. Esto es, realiza un análisis únicamente de la parte central del párrafo que contiene la estimación judicial del daño. Se refiere además a la estimación, pero no al estándar probatorio que, como señalamos, es competencia de los órganos nacionales, ni al principio de proporcionalidad en la exhibición.

305. Como decíamos, que el estándar probatorio es una cuestión puramente nacional excepto en el hipotético caso de que "haga prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento de daños y perjuicios" (sentido estricto del 17.2 Directiva), es algo que nos resulta obvio. Solo el juez nacional está en disposición de, a la luz de la naturaleza de los derechos ejercitados, determinar los remedios y procedimientos verdaderamente efectivos. No basta el reconocimiento de un derecho sino que el mismo habrá de dotarse de remedios y procedimientos efectivos que garanticen la tutela judicial del titular de aquel derecho (algo claro en la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia). Solo entonces y en estas circunstancias, diremos que la acción que ostenta el actor para la reclamación de su derecho se encuentra verdaderamente en pie de guerra (Puchta).

306. Por ello era necesario contextualizar la STJUE C-312/21 *Tráficos Manuel* de 16 de febrero de 2023 (ECLI:EU:C:2023:99) en el marco del Derecho nacional español. El Tribunal de Justicia no resuelve el caso nacional, es un intérprete del Derecho europeo (no obstante su tangencial importancia como tal), pero sin que ello oscurezca que el ejercicio plenamente jurisdiccional es la que realiza el juez nacional al resolver de acuerdo con la normativa nacional interpretada de conformidad con la normativa europea (el artículo 17.2 no es directamente aplicable)

307. Y tal ejercicio de contextualización es lo que vienen a hacer las SSTs de 12-14 de junio de 2023. Ejercicio que había sido anticipado por algunas Audiencias Provinciales, como han sido la Audiencia Provincial de Valencia (por ejemplo, SAP, Civil sección 9 del 19 de abril de 2023; ROJ: SAP V 1057/2023 - ECLI:ES:APV:2023:1057) y la Audiencia provincial de Pontevedra (SAP, Civil sección 1 del 15 de mayo de 2023; ROJ: SAP PO 1111/2023 - ECLI:ES:APPO:2023:1111).

308. La consecuencia, como decimos, es que no es imprescindible el acceso a la exhibición de pruebas (283 bis a) y ss LEC) para acceder a la indemnización. Como señala el Tribunal Supremo: *El juez nacional debe valorar los elementos pertinentes, dadas las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado, para juzgar el esfuerzo probatorio desplegado por el perjudicado. Entre ellos se encuentra, como uno más de los posibles y no como una exigencia de carácter ineludible, haber hecho uso de las diligencias de acceso a las fuentes de la prueba.*

309. Finalmente, el Tribunal Supremo concluye afirmando lo siguiente:

a. La descripción en la Decisión de la conducta infractora es base suficiente para presumir la existencia del daño, dadas las características del cártel descrito (objeto, participantes, cuota de mercado, duración, extensión geográfica), mediante la aplicación de las reglas del raciocinio humano para deducir de esos datos la existencia del daño.

b. *Estas circunstancias descritas en la Decisión son también suficientes para entender que ese daño no fue insignificante o meramente testimonial. Lo que no ha resultado probado en este caso es que el importe de ese daño haya sido superior al 5% del precio del camión, que es el porcentaje que el tribunal de segunda instancia considera como importe mínimo del daño, atendidas las referidas circunstancias del cártel y los datos estadísticos sobre los porcentajes de sobreprecio que suelen causar los cárteles, en aplicación de las facultades estimativas que el ordenamiento jurídico le atribuía antes incluso de la trasposición de la Directiva, como consecuencia directa del principio de indemnidad derivado de los arts. 1902 del Código Civil y 101 TFUE.*

c. *[...] Mientras no se acredite que el importe del daño ha sido superior a ese porcentaje mínimo del 5%, el demandante no puede pretender una indemnización superior a ese porcentaje.*

d. *Lo anterior no impediría tampoco que el demandado pudiera acreditar que el daño había sido inferior a ese porcentaje mínimo, lo que no consta en este caso en que no realiza una cuantificación alternativa a la del demandante, sino que se limita a desvirtuar la presentada de contrario.*

310. Ya hemos anticipado con anterioridad que en un mismo procedimiento, la parte demandada no puede negar el daño y, al mismo tiempo, ofrecer una cuantificación alternativa del daño calculado. El demandado no puede situarse en tal posición contradictoria abrazando los dos extremos de una posición inicialmente binaria. O niega el daño o admite el daño. No pueden admitirse las posturas bipolares porque ello supone estresar el sistema más allá de lo necesario, un sistema ya exhausto, lo que genera mayores ineficiencias que beneficiarán, en todo caso, a los propios infractores. Tenemos conocimiento de que se está llegando a acuerdos en otras jurisdicciones, acuerdos que no se alcanzan en España. Cabría preguntarse por qué.

311. Las SSTs de 12 a 14 de junio de 2023, dejan abierto un problema para esta segunda ola de litigación. Y ello se debe a que las citadas sentencias se dictan sobre la base de meta-estudios, no sobre la base de complejos análisis econométricos. Sucede sin embargo que, superando aquellos metaestudios se han presentado informes periciales en los que el esfuerzo probatorio de la parte actora ha sido importante. En ninguno de los casos, que conozcamos, se ha solicitado un acceso a datos a través de los artículos 283 bis a) y siguientes LEC. La razón puede encontrarse en algo que detecta el propio Tribunal Supremo: *la propia*

difficultad de precisar y encontrar la documentación que pudiera ser relevante en la práctica deben relacionarse con la existencia de un escaso plazo legal de 20 días para presentar la demanda tras la práctica de la medida de acceso a las fuentes de prueba (art. 283.bis .e. 2 LEC).

312. En cierto sentido, lo que se está poniendo de manifiesto el Alto Tribunal es que el plazo legal de 20 días podría ser absolutamente insuficiente para presentar la demanda. Añadimos nosotros que el mismo podría ser considerado contrario a Derecho de la Unión por vulnerar la efectividad del derecho al acceso.

313. No consideramos tan relevante en el presente caso el hecho de la desproporción entre el interés litigioso y el coste que podría generarse la práctica de las diligencias necesarias para acceder a la documentación que pudiera ser relevante en el caso concreto y la elaboración del posterior informe pericial. Es necesario atender a la realidad de la litigación y advertir que si algunos litigantes, a pesar de litigar individualmente o de forma limitadamente acumulada, forman parte de grandes grupos de reclamantes, en los que los informes periciales que sirven de base a multitud de reclamaciones se presentan de forma idéntica en un gran número de procesos.

314. La pregunta que se nos ofrece parece clara. ¿Debe tratarse igual manera al litigante que ha acudido al Tribunal con un metaestudio y ha obtenido una indemnización por daño mínimo que a aquel que ha realizado un esfuerzo probatorio significativo? ¿debe obtener la misma indemnización y el mismo trato procesal?

315. La primera aproximación a las SSTs de 12 a 14 de junio de 2023 ut supra es que las citadas sentencias convalidan una indemnización del 5% que el propio Tribunal considera como "porcentaje mínimo". A partir de ahí, el demandante puede acreditar un porcentaje superior y el demandado un porcentaje inferior.

316. Sin embargo, sucede que, precisamente por el esfuerzo probatorio que se ha realizado por las partes, agotadas todas las pruebas razonablemente disponibles, resulta *prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar con precisión los daños y perjuicios sufridos sobre la base de las pruebas disponibles* (17.1 Directiva). Resulta que entonces, con dos partes completamente exhaustas, al igual que el Tribunal, tras haber enfrentando costosos, complejos y difícilmente inteligibles análisis de regresión económica (la queja por el exceso de prueba se realiza por el propio *Competition Appeal Tribunal*), todo se queda en un 5%. Esto es, en el daño mínimo concedido en el caso de un metaestudio.

317. Creemos que, a priori, existen dos soluciones:

a. La primera, es defender la coexistencia de dos sistemas de daño.

b. La segunda, superar el criterio de estimación cuantitativa de las costas procesales de forma que, en aquellos casos en los que se entienda que exista un esfuerzo probatorio significativo y, aun así, no se hubiera logrado acreditar el daño concreto por resultar *prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar con precisión los daños y perjuicios sufridos sobre la base de las pruebas disponibles*, debe considerarse que la estimación es sustancial.

318. Cabe, sin embargo, una tercera alternativa: que ambas soluciones fueran a su vez posibles. Esto es, no solo se procede a la estimación del daño real sino que, además, se procede a la concesión de costas.

3. Entre el daño mínimo y el daño real: el daño causado por el cártel solo es uno.

319. Las SSTs de 12 a 14 de junio de 2023 no son incompatibles con la SSTs de 12 a 14 de junio de 2023. Realmente, la cuantificación del daño dependerá de la prueba practicada en el procedimiento correspondiente por lo que el único guarismo de referencia (nuestro *cap* o umbral mínimo de tolerancia indemnizatoria) será el daño mínimo. Esto es, se trata del mínimo daño que, a la vista de la prueba aportada a las actuaciones, ha podido causar el daño. La perspectiva conservadora, que se reconoce por el propio Tribunal Supremo parece abogar por tesis que escape del exceso de conceptualismo, sin establecer bases dogmáticas estrictas que, en sede de casación, podrían suponer obstáculos insalvables para la litigación futura en un campo que ofrece una fenomenología ciertamente novedosa.

320. Con todo, no existe una vinculación absoluta al mismo y puede que, de acuerdo con el esfuerzo probatorio de la parte actora, se haya podido acreditar que el daño es superior aunque imposible o excesivamente difícil de cuantificar. Sucede sin embargo que por una tendencia natural, las resoluciones tenderán a identificar el daño mínimo y el daño real.

321. Lo que no debe suceder es lo contrario, que el daño mínimo acabe por igualar a quienes a través de su esfuerzo probatorio han conseguido situar la horquilla indemnizatoria en un nivel superior. Esto es, que quienes han logrado situar la horquilla en un nivel superior se encuentren con una reducción al daño mínimo de su reclamación. Aquel porcentaje es conservador y supone un *cap* o umbral mínimo indemnizable. Es una aproximación conservadora al *quantum* indemnizatorio con base a criterios de razonabilidad y plausibilidad.

322. Por tanto, conviene hacer una advertencia, lo que nos sirve para aclarar en este punto la SJM, Alicante Mercantil sección 1 del 04 de marzo de 2022 (ROJ: SJM A 2175/2022 - ECLI:ES:JMA:2022:2175): la concesión de una indemnización mayor no depende el mayor esfuerzo probatorio de la parte. Depende de que el mayor esfuerzo probatorio realizado por la parte haya conseguido convencer al Tribunal de que la horquilla indemnizatoria es superior al daño mínimo, a aquel que se puede acreditar con un despliegue procesal mucho más limitado.

323. El esfuerzo probatorio deberá tener consecuencias en otro instituto, no sustantivo, sino procesal, puesto que no se trata de otorgar una prima por esfuerzo en concepto de indemnización.

324. Y ello por una razón clara: solo existe un daño. Con todas las particularidades que se quieran establecer pero, asumida la existencia de un daño masa, es probable que un gran número de perjudicados hayan sufrido un daño y que ese daño sea idéntico o razonablemente similar. Incluso, ante divergencias no significativas en el perjuicio causado, nada impide un cálculo con base a criterios puramente estadísticos que iguale a todos los perjudicados. El hecho de que sea posible cierto margen de error no invalida la cuantificación si el margen de error es tolerable. Esto es lo que ha podido causar perplejidad en alguno sector doctrinal puesto que, descendidos a la tierra del ejercicio jurisdiccional, demasiados órganos judiciales conociendo del mismo tipo de acciones, con un amplio margen de apreciación y en un terreno tan difuso, da lugar a una pléyade de criterios.

325. Ahora bien, por muchos que sean los criterios, el daño sigue siendo único. Lo que varía es la percepción subjetiva del daño sobre la base la prueba practicada. Lo que puede estar condicionado por una multiplicidad de factores, en ocasiones, poco controlables por las partes. Sin embargo, el cártel causó daño o no lo causó. Es un fenómeno binario. Positivo o negativo. Y si lo causó, causó un daño determinado. Ello no significa que el daño por una infracción no pueda depender de factores temporales, geográficos o puramente subjetivos (poder de negociación de la demanda: imagínese el caso de un gran flotista que obtiene descuentos en tal porcentaje que es posible presumir que el mismo no sufrió incremento alguno del precio). Y tampoco significa que el daño concreto real y subjetivo deba evolucionar hacia un daño objetivo, de corte abstracto y plural. Pero las dificultades intrínsecas al cálculo del daño exigen una objetivación dado que es imposible reproducir la situación hipotética contrafáctica. De esta forma, el daño es siempre aproximativo. Y las extraordinarias dificultades del cálculo del daño conllevan siempre un cierto margen de discrecionalidad y una cierta tolerancia al error. Dicho margen de discrecionalidad supone la existencia de criterios dispares cuando la decisión le corresponde a más de un tribunal si no existen mecanismos de unificación de criterios más allá del recurso casacional. Sin embargo, volvemos a insistir, el daño, de existir, es único.

4. El cártel de los camiones causó un daño mínimo del 5%.

326. Las SSTs de 12 a 14 de junio de 2023 han superado también algunas de las disquisiciones que establecíamos en la SJM, Alicante Mercantil sección 1 del 04 de marzo de 2022 (ROJ: SJM A 2175/2022 - ECLI:ES:JMA:2022:2175).

327. También creemos que si la primera sentencia hubiera fijado un 10% como daño mínimo conservador, el efecto psicológico del *priming*, hubiera llevado al mimetismo del 10% en vez del 5%. Es aquí donde advertimos cierto *path dependence*.

328. Cualquier solución, descartado que el demandado haya acreditado la existencia de un daño menor, nos parecía razonable y que queda al arbitrio del juez de instancia. Establecido el daño en una horquilla entre el 5% y el 10%, por ejemplo, no parece que se trate de un daño irrazonable. Cuestión distinta es que, a la luz de la prueba practicada, un daño superior al 10% se pueda considerar irrazonable. Corremos el riesgo de que, en cada cártel, ausente cierta concentración competencial (criticado por el TJUE en C-30/20: AB Volvo [2020] ECLI: EU:C:2022:494), se acabe convirtiendo en un foco de litigación masiva no solo en la instancia sino también en la casación lo que terminará por desbordar a la jurisdicción española. Más allá de incrementar el nivel de litigación, lo que reduce significativamente el beneficio neto esperable por el propio perjudicado. Esto es, litigios largos, y con muchas instancias, en los que la discusión se centra en una cuestión de discrecionalidad judicial, desincentiva la litigación. Ello siempre que la discrecionalidad no se haya realizado de forma irracional.

329. No obstante, de la lectura sosegada de las SSTs de 12 a 14 de junio de 2023 conlleva necesariamente a considerar que el Tribunal Supremo ha pretendido una igualación, en el presente caso, allí donde no se haya acreditado un daño diferente. Del 5% como daño mínimo, insistimos nuevamente, allí donde no se haya acreditado un daño diferente ni siquiera en función de una horquilla y tomando en consideración elementos que no se revelan de la propia Decisión.

330. Recordemos que, en relación con la horquilla, lo que se valora no es el beneficio ilícito, sino el daño, que puede ser superior por las ineficiencias mismas que la conducta cartelista genera al afectar a los parámetros

esenciales de la competencia, como es el precio. Nunca pretendimos establecer que el daño debía calcularse por referencia al beneficio ilícito sino que la existencia de un beneficio ilícito es algo que no debe olvidarse al analizar la conducta cartelista y que, como mínimo, el citado beneficio, debe ser considerado al tiempo de fijación de la indemnización. En este sentido, agradecemos la honestidad con la que, tras analizar los márgenes de beneficio se ha reconocido el carácter significativo del sobreprecio causado por la conducta, algo que fue despreciado por otros economistas en las vistas realizadas. Si es cierto que un incremento del precio del 1% supone un incremento del margen de beneficio de DAF del 11%, entonces un 1% es significativo. Tan significativo como que puede explicar la conducta infractora. No obstante, como decíamos, daño no es equivalente a beneficio necesariamente. Y calcular el beneficio puede presentar las mismas o mayores dificultades que calcular el daño. Lo que siempre quisimos establecer es que, el principio de enriquecimiento injusto, actúa como potencia y no como defensa. Ni siquiera en el caso de la *passing-on*, como veremos después, es el principio del enriquecimiento el que está presente.

5. Estimación del daño causado en el presente caso.

331. La primera pregunta es si el informe de la parte demandante acredita un daño superior al daño mínimo del 5%, esto es, a pesar de no haber sido validado, introduce algún elemento que permita identificar una horquilla indemnizatoria superior a la fijada por el Tribunal supremo en las SSTS de 12 a 14 de junio de 2023.

332. La respuesta es negativa. De hecho, el informe de la parte demandada contiene datos suficientes que nos permiten determinar las dificultades intrínsecas a la valoración del daño en el presente caso, como ha sido destacado igualmente por las SSTS de 12 a 14 de junio de 2023.

333. Por otra parte, el informe de la parte actora no contiene como tal una teoría del daño. Tampoco el de la demandada. Y sin teoría del daño que explique el contexto en el que se lleva a cabo la conducta cartelista y la forma en la que los intercambios de información sobre los precios en los términos señalados en las Decisiones dictadas por la Comisión Europea, es difícil establecer un nivel razonable de sobreprecio. Porque el funcionamiento del cártel no es similar a un cártel clásico y, en base a ello, tampoco se puede tener por referencia cualquier cártel. Por ejemplo, aquellos que tienen por objeto una fijación directa de precios netos.

334. Como señalábamos con anterioridad, la parte demandada no se puede situar en la ambivalencia. La misma ha de ser rechazada. O el daño es cero, esto es, el cártel es inocuo, o el cártel ha causado daños. Y defendida una postura no puede admitirse que se defienda la contraria. El Derecho no puede sancionar favorablemente la ambivalencia a costa de agotar a la jurisdicción. Un informe pericial que tiende a la defensa del daño 0 no puede servir para acreditar un daño positivo porque el propio informe lo que defiende es que el daño es negativo (inexistente). Es necesario volver a la STS, Sala 1ª, de 7 de noviembre de 2013.

335. En la STS, Sala 1ª, de 7 de noviembre de 2013 el Tribunal Supremo señala que es necesario que el informe pericial del reclamante *"formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos"*. Al mismo tiempo, establece que, si se ha determinado que la conducta ilícita ha generado un daño, no es suficiente que el informe pericial aportado por el responsable del daño se limite a *"cuestionar la exactitud y precisión de la cuantificación realizada por el informe del demandante sino que es necesario que justifique una cuantificación alternativa mejor fundada"*. Lo que no dice es que el demandado pueda sostener ambas posturas al mismo tiempo cuando las mismas se excluyen mutuamente.

336. Dicho lo anterior y en la medida en que la pericial practicada en el presente caso no permite alcanzar el convencimiento de que la horquilla indemnizatoria se sitúe por encima del umbral mínimo del 5% es por lo que debemos estimar en tal porcentaje el daño causado.

337. En este sentido, debemos tener en cuenta que las razones por las que estimamos el 10% no difieren de las consideradas por el Tribunal supremo en sus SSTS de 12 a 14 de junio de 2023, por lo que debemos reducir nuestra cuantificación.

6. Capitalización del daño.

338. Las SSTS de 12 a 14 de junio de 2023 señalan que el devengo de intereses forma parte del Derecho al pleno resarcimiento conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, citando así tanto el Asunto C-312/21 *Tráficos Manuel* [2023] (ECLI: EU:C:2023:99) como C-295/04 a 298/04, *Manfredi* [2006] ECLI: EU:C:2006:461). En este sentido, la Directiva, aunque no aplicable al caso *ratione temporis*, recogía la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en su artículo 3.

339. De esta forma, como señala el Tribunal Supremo, *la jurisprudencia del TJUE, al aplicar la norma de los tratados constitutivos que actualmente se encuentra en el art. 101 TFUE, venía declarando que la reparación íntegra del quebranto patrimonial causado por una conducta infractora del Derecho de la competencia exige el pago de intereses al perjudicado*.

340. Por todo ello, el Tribunal Supremo señala que no se trata por tanto de una indemnización por mora, basada en los arts. 1101 y 1108 CC, sino de una medida destinada a que el resarcimiento del daño sufrido por la víctima de la conducta infractora del Derecho de la competencia sea pleno, contrarrestando el efecto del transcurso del tiempo entre el momento de la producción del daño y el momento en que se acuerda la reparación de dicho daño. Se trata de una exigencia derivada del art. 101 TFUE, en la interpretación que le ha dado la jurisprudencia del TJUE.

341. Al considerar que procede el pago de intereses de la indemnización desde el momento en que se produjo el daño (el pago del precio del camión) porque es una medida necesaria para que el resarcimiento sea pleno, y no porque se ha producido una mora en el pago, deviene derivada de la máxima *in illiquidis non fit mora*.

342. La resolución del Tribunal Supremo tiene una importancia tangencial porque se reconoce la existencia de tres períodos relevantes a los efectos del cálculo de intereses:

1) el primero de ellos se refiere al tiempo transcurrido desde la fecha de producción del daño hasta la fecha de la demanda. El tipo de interés durante este periodo es puramente compensatorio y tiende a la reparación íntegra de la víctima.

2) El segundo periodo se correspondería con el tiempo que transcurre desde la fecha de presentación de la demanda hasta la fecha de la sentencia. Este interés es propiamente una indemnización por mora basado en los artículos 1101 y 1108 CC.

3) El tercer periodo, se correspondería con el tiempo transcurrido desde la fecha de la sentencia hasta la fecha del pago y se correspondería con el interés procesal del artículo 576 LEC,

343. Dicho lo anterior, las SSTs de 12 a 14 de junio de 2023 no resuelven, sin embargo, el método de cálculo de los intereses, cuestión que queda al margen por no haber sido, probablemente, sometida a casación.

344. Ha de señalarse, en este sentido, que nos encontramos, estrictamente, en sede de cuantificación del perjuicio sufrido y, por ello, dentro del ámbito de la estimación judicial. Es por ello que el presente razonamiento se encuentra inmediatamente a continuación de la fijación del sobreprecio sufrido a fecha de adquisición del vehículo. No se trata, en este estadio de fijar el interés moratorio de los artículos 1101 y 1108 CC, sino de determinar de forma correcta la tasa de actualización del sobreprecio sufrido. Esto es, de determinar el daño sufrido de acuerdo con la facultad de estimación judicial.

345. Como señala el Tribunal Supremo, apartado 20 de la Guía Práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que acompaña a la Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado que considera que la adición de intereses es un elemento indispensable para la reparación del *daño*. Incluir el devengo de intereses responde a la necesidad de reparar íntegramente el daño sufrido dado que es necesario reparar *los efectos adversos ocasionados por el lapso de tiempo transcurrido desde que se produjo el perjuicio causado por la infracción*. Tales efectos son la depreciación monetaria y la oportunidad perdida para la parte perjudicada de tener el capital a su disposición.

346. Por su parte, recientemente se ha publicado la Guía sobre cuantificación de daños por infracción del Derecho de la Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. En la citada guía, al tiempo de analizar la cuantificación del daño (ap.2) dedica el apartado 2.4 a la cuestión de la capitalización del daño.

347. Recuerda en este sentido que los métodos de capitalización son dos: capitalización simple o compuesta. De esta forma, *el método de capitalización simple implica que el valor finalmente obtenido será igual al capital inicial más los intereses generados en cada periodo, intereses que se calculan aplicando la tasa de capitalización únicamente al capital inicial*. Por el contrario, *al aplicar el método de capitalización compuesta, los intereses generados en cada periodo dependerán (i) del capital inicial y (ii) de los intereses generados en todos los periodos anteriores*. Así, *en cada periodo se aplicará la tasa de capitalización a la suma del capital inicial y los intereses acumulados hasta el momento*.

348. En este punto, la propia Guía de la CNM señala que *desde una perspectiva económica, el método compuesto es el más completo y recomendado habitualmente, por tener en cuenta que los intereses pueden reinvertirse a medida que se van percibiendo*.

349. No existe razón alguna por la que el interés compensatorio relativo al primer periodo no deba calcularse conforme al método compuesto por ser este el verdaderamente correcto desde el punto de vista económico y, por tanto, desde una perspectiva restauradora de la indemnidad del perjudicado, el único que debe considerarse. Si realmente aspiramos a lograr la indemnidad del perjudicado, debemos atender a la regla del

interés compuesto. Descartar un sistema de capitalización conforme al método compuesto supone que no se cubran ni siquiera los costes de financiación en el caso de que se haya recurrido a la misma lo que, de hecho, es habitual en el sector del transporte.

350. El propio *Competition Appeal Tribunal* (*Royal Mail* [2023] CAT 6) señala (ap. 768) que la capitalización del valor de la indemnización conforme al método del interés compuesto en vez del interés simple "concuerda con la realidad económica", "es lo que ocurre en el mundo real" y por lo tanto representa la mejor forma de identificar las pérdidas reales de la actora. Tampoco nosotros encontramos impedimento legal para tal cálculo dado que no existe una regla expresa que prohíba tal método de capitalización en el caso de intereses de naturaleza compensatoria.

351. La discusión, en su caso, deberá establecerse en la tasa de interés que aquí hemos de fijar en el interés legal del dinero por no haberse solicitado otra.

352. Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha señalado que el principio de congruencia de las resoluciones judiciales, obliga a los órganos judiciales "a decidir conforme a lo alegado, sin que les sea permitido otorgar más de lo pedido, ni menos de lo resistido por el demandado, así como tampoco cosa distinta de lo solicitado por las partes" (SSTC 32/1992, de 18 de marzo -rec. 2.078/1988- y 136/1998, de 29 de junio -ECLI:ES:TC:1998:136-). Por ello, el recurso a la estimación judicial no permite superar la cuantía indemnizatoria que, como máximo, haya sido solicitada por la parte actora en concepto de reparación. El hecho de que la parte hubiera en su caso hubiera equivocado la naturaleza del interés devengado, no altera el carácter compensatorio y no moratorio del mismo.

7. Cuantía total de la indemnización.

353. De lo antedicho se colige que la cuantía de la indemnización a percibir será el 5% del valor de adquisición de cada vehículo, cuantía que se capitalizará conforme al método compuesto, por referencia al interés legal del dinero para cada anualidad, desde la fecha de adquisición del vehículo hasta la fecha de presentación de la demanda.

DUODÉCIMO.- Defensa de sobrecostes repercutidos.

1. Teoría del no-daño y defensa passing-on

354. Siguiendo la línea argumentativa anteriormente descrita, la asunción de una posición de daño cero excluye cualquier argumento que presuponga la existencia de daño. Por ello, la defensa debe ser rechazada en la medida en que solo el demandado que reconozca que su conducta ha causado de forma plausible un daño, está en condiciones de alegar que dicho daño puede haber sido repercutido.

355. Ambas posiciones son mutuamente excluyentes. Por ello, se desestima la defensa.

356. No obstante ello, en la medida en que somos conscientes del interés prospectivo que puede generar la defensa de sobrecostes repercutidos y en la medida en que no compartimos la construcción general en torno al principio de enriquecimiento injusto es por lo que nos esforzaremos en explicar las razones de su inadmisión, incluso, en el caso presente.

2. consideraciones generales sobre la defensa de sobrecostes repercutidos o passing-on defence.

357. Ya hemos advertido en otra momento de la presente sentencia que el cálculo del daño no se puede convertir en una suerte de chamanismo cuantitativo. La asunción acrítica de la conocida como *passing-on defence* sería buena prueba de ello.

358. A pesar de su admisión teórica por parte del propio Tribunal supremo en la sentencia ya citada de 7 de noviembre de 2013, en línea con lo que ya se postulaba por parte de la futura Directiva 2014/104/UE, lo cierto es que su efectividad práctica es muy limitada por no decir que es nula.

A. Entre la admisión y la inadmisión de la defensa de sobrecostes repercutidos.

i. Planteamiento.

359. Recordemos que el Tribunal Federal de los Estados Unidos había adoptado varias décadas antes un camino inverso al seguido hoy en Europa en *Hanover Shoe, Inc. c. United Shoe Machinery Corp.* (1968) e *Illinois Brick Co. c. Illinois* (1977), sin perjuicio de que la cuestión es discutida y la ciencia económica parece hoy superar aquella regla. El propio Tribunal admitió alguna excepción. Sin embargo, en Europa el camino es el inverso. La excepción será admitida definitivamente con la Directiva 2014/104/UE.

360. No procede hacer aquí un prolijo estudio de la defensa de sobrecostes repercutidos, de los riesgos de su asunción acrítica, de la falta de bases dogmáticas sólidas en cuanto a su admisión, y de los riesgos que para la reparación del daño tiene. Algo, con todo, debemos decir para terminar la presente sentencia.

361. La llamada defensa "*passing-on*" o repercusión de los costes excesivos ha sido una cuestión profundamente discutida en la aplicación privada del Derecho de la Competencia. Se trata, en esencia, de la excepción que pueden utilizar los cartelista en un procedimiento de daños iniciado por sus compradores directos o indirectos, cuando estos se sitúan en un estadio intermedio de la producción o distribución y, por tanto, pueden haber repercutido los costes cartelizados "aguas abajo". La defensa de sobrecostes repercutidos hace referencia, en definitiva, a la cuantificación del daño real-concreto que ha sido sufrido por el demandado.

ii. Origen: las acciones de enriquecimiento injustificado por el cobro de impuestos ilegales.

362. La admisión de la defensa *passing-on* no es el fruto de un concienzudo ejercicio dogmático-sustantivo. Es todo lo contrario. Es el resultado de la asunción acrítica de un dogma sustentado por la repetición indolente de unos precedentes de dudosa aplicación.

363. La historia de la admisión de la *passing-on* en el ámbito antitrust es la historia de cómo los cartelista se han visto beneficiados por una (entonces) práctica jurisprudencial marginal de los Estados Miembros entre 1960-1970. Dicha práctica se empleaba como defensa por parte de los Estados para no tener que devolver los impuestos cobrados indebidamente. La defensa nace, por tanto, en el marco de las acciones de enriquecimiento injustificado contra el Estado por cobro indebido de impuestos al admitirse, como presupuesto de la acción de enriquecimiento injustificado, el empobrecimiento correlativo. Al entenderse que, en el caso de que se hubiera repercutido el impuesto "aguas abajo", el sujeto pasivo no se había empobrecido correlativamente en la medida del impuesto ilegalmente cobrado, el Estado podía reducir o eliminar la repercusión. La defensa fue admitida por el TJUE sin demasiada precisión dogmática, llegando a alterar sus propis precedentes y generando una regla de Derecho comunitario en un espacio reservado al Derecho nacional de forma que en *Michailidis* [2000], el TJUE había olvidado por completo la razón de su propio precedente en *Ireks-Arkadi* [1979] y *Just* [1980]. De *Michailidis* [2000] pasará a *Courage* [2001] y *Manfredi* [2006]. Del Derecho de enriquecimiento, al Derecho de daños (Kapniki *Michailidis* AE contra *Idryma Koinonikon Asfaliseon* (IKA) [2000] de 21 de septiembre, Asuntos acumulados C-441/98 y C- 442/98; ECLI: EU:C:2000:479; TOL142.520; *Ireks-Arkady GmbH* c. Consejo y Comisión de las Comunidades Europeas [1979] de 4 de octubre. Asunto C-238/78; ECLI: EU:C:1979:226); *Hans Just I/S* c. Ministerio danés de asuntos fiscales[1980] de 27 de febrero. Asunto C-68/79; ECLI: EU:C:1980:57).

iii. El empobrecimiento correlativo como presupuesto de la acción de enriquecimiento

364. En la actualidad resulta dogmáticamente muy discutible que el empobrecimiento correlativo sea un presupuesto real de la acción de enriquecimiento injustificado. Sin embargo, lo que resulta más discutible es que una defensa que nace en el ámbito del Derecho público para proteger las finanzas de los Estados Miembros sobre la base de un defectuoso entendimiento dogmático de la institución de enriquecimiento injustificado deba trasladarse sin más al ámbito del Derecho privado, donde los patrimonios agredidos por la obligación (bien reparatoria, bien indemnizatoria) no son los presupuestos públicos, sino el patrimonio de los infractores del Derecho de la Competencia. Parece, de hecho, que si en el ámbito del Derecho público podría existir algún tipo de interés superior en proteger las finanzas públicas a costa de los sujetos pasivos que habían soportado las exacciones ilegales, tales argumentos brillan por su ausencia en el ámbito del derecho privado y, especialmente, en el caso de los ilícitos antitrust y los daños causados por los infractores. Buena muestra de lo primero es la moderación del alcance de la declaración de inconstitucionalidad de un tributo por parte del tribunal Constitucional (por todas, citamos la seminal STC 45/1989, de 20 de febrero; ECLI:ES:TC:1989:45). En tales casos, como decimos puede existir un interés jurídico superior: evitar la quiebra de las finanzas públicas. Ello expone crudamente una realidad mayor: la admisión de la *passing-on defence* no obedeció al reconocimiento de una verdad autoevidente. Es una decisión política-normativa de los Estados Miembros asumida por el TJUE. La aparente solidez del principio de enriquecimiento injusto sirvió, en cierto sentido, de coartada. Por ello, ha de hacerse, nuevamente, un llamamiento a la prudencia en orden a la admisión de las teorías principalistas que recurran a los principios generales como suerte de escudo que eluda el trance de enfrentar análisis más rigurosos.

iv. La defensa *passing-on* no viene exigida por el principio de enriquecimiento injusto ni por la institución del enriquecimiento injustificado o sin causa.

365. Creo que puedo establecer con claridad el resultado del razonamiento que acabamos de perfilar: de admitirse acríticamente la defensa de sobrecostes repercutidos, habremos colocado, *prima facie*, a los infractores de las normas de Competencia en la misma posición jurídica que la de un Estado miembro que ha acordado un impuesto ilegal. Tal conclusión comportaría una *aberratio iuris*.

366. La dogmática debe alinearse aquí con el sentido común. Si alguien se ha enriquecido injustamente, no ha sido el perjudicado, sino el infractor. Posición que ha de tenerse siempre en cuenta y no olvidarse. Trasladar la imputación del enriquecimiento del infractor a la víctima es pervertir el argumento. Nadie se enriquece injustamente si lo hace conforme a Derecho y, en la asignación de daños, el principio de compensación estricta no se lleva nunca hasta las últimas consecuencias, existiendo importantes excepciones que ponen a prueba cualquier regla pretendidamente general. Basta recordar que la indemnización conforme a análisis de regresión económica pretende identificar un contrafactual de imposible reproducción por lo que la indemnización siempre será aproximativa (lo que no quiere decir que se arbitraria).

367. La mención al principio de enriquecimiento injusto como sustentador de la posición del infractor del derecho de la Competencia (esto es, la idea nuclear de que la víctima puede enriquecerse de alguna forma gracias a una infracción) debe ser desterrada.

368. Ya hemos señalado que todos los ordenamientos jurídicos afirman el principio compensatorio como el principio esencial del Derecho de Daños. Sin embargo, la ponderación de intereses en juego no supone que la regla del resarcimiento íntegro sea monolítica. La principal función del Derecho de Daños es compensar pero ello no quiere decir que el Derecho de Daños deje de ser Derecho y, por tanto, que no se vea afectado por el ámbito político-normativo en el que se inscribe. Ya hemos señalado igualmente que en el ámbito antitrust el principio de enriquecimiento injusto, si algún papel ha de jugar, es el de potenciador de la acción de daños, de justo complemento de su efectividad, como principio totémico junto al derecho a ser reparado. Al mismo tiempo, también hemos señalado, que tal lógica ya opera en otros sectores del ordenamiento íntimamente vinculados al Derecho de la Competencia.

369. Desde el punto de vista económico, tampoco la defensa de sobrecostes repercutidos tiene mucho sentido. Saber que uno se va a beneficiar de una limitación a la restitución es tanto como establecer un incentivo a la cartelización, lo que supone en definitiva, reducir el multiplicador del coste de cartelización. Si los cartelista pueden contar con una defensa efectiva de sobrecostes, lo que sin duda harán desde el primer momento de la cartelización, verán disminuidos los costes de cartelizarse.

370. Por tanto, si un sistema eficaz de acciones de daños y perjuicios puede "contribuir significativamente al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad", lo cierto es que ello pasará necesariamente por construir la defensa de sobrecostes repercutidos sobre la base de estrictos moldes jurídicos.

371. Con ello, llegamos a la consideración final. Para ser legítima la defensa, la misma habrá de responder a la existencia de un interés jurídicamente relevante digno de protección. Si en el ámbito público el interés legalmente relevante es la protección de los presupuestos público, ya hemos señalado que los infractores del Derecho de la Competencia no son Estados, y sus cuentas de ganancias no son presupuestos generales del Estado. Por tanto, no existe por parte de los infractores interés jurídico relevante digno de protección. El único interés jurídico relevante descansará en los posibles perjudicados.

v. Causalidad jurídica negativa.

372. Hasta el momento, pocas sentencias han analizado la *passing-on* atendiendo a una teoría de la causalidad jurídica identificable. Tampoco lo hicimos en la SJM, Alicante Mercantil sección 1 del 04 de marzo de 2022 (ROJ: SJM A 2175/2022 - ECLI:ES:JMA:2022:2175), sentencia en la que nos habíamos limitado a establecer el concepto de repercusión legalmente relevante. No habíamos atacado sin embargo, la cuestión puramente dogmática. Esto es, donde funciona y cómo se explica la defensa de sobrecostes repercutidos si no es en el daño a través del enriquecimiento injusto.

373. Para nosotros, la sede natural del análisis de la defensa de sobre costes repercutidos es la causalidad. En definitiva, la densa de sobrecostes repercutidos es, ante todo, una regla de legitimación de los compradores indirectos. Como regla de legitimación lo que permite es establecer un nexo causal entre el infractor y la conducta y el daño sufrido por aquel que indirectamente adquiere el bien o servicio cartelizado.

374. Al alegarse la defensa de sobrecostes repercutidos lo que se está afirmando es que existen terceros legitimados para reclamar el daño distintos del perjudicado que ejercita la acción. Es, en definitiva, una causalidad negativa.

375. En *Royal Mail* [2023] CAT 6 el *Competition Appeal Tribunal* lleva a cabo un test de causalidad jurídica para determinar si es razonable considerar que el sobreprecio pudo ser repercutido y si dicha repercusión es jurídicamente relevante. Nótese que aquí lo que se trata de dilucidar no es si el daño sufrido es objetivamente imputable al infractor, cuestión que ya ha sido resuelta. Se trata de determinar si la posible repercusión del sobreprecio es jurídicamente relevante y, para ello, se recurre a reglas de causalidad material.

376. En este sentido, señala (ap. 550) que deben tenerse en cuenta toda una serie de factores relevantes como la finalidad de decidir si existe un grado de proximidad suficiente para establecer un nexo causal directo entre el sobreprecio y los precios pagados por los clientes de los demandantes. En este sentido, los factores relevantes son: 1) si existía conocimiento del sobreprecio o del específico incremento en el coste; 2) la magnitud relativa del sobreprecio en relación con los costes e ingresos totales de los demandantes; 3) la relación o asociación entre el sobreprecio y el precio de los productos; 4) si hay demandas identificadas por compradores identificables en relación con las pérdidas causadas por el sobreprecio.

377. Aplicando el test de causalidad, el Tribunal señala que los demandantes no tenían conocimiento ni de la infracción ni del sobreprecio (lo que es lógico). De la misma forma, también se acepta que la cuantía del sobreprecio fue, para ambos demandantes, ínfima en relación con sus costes e ingresos globales. Tampoco existe una relación directa entre sobreprecio y el precio de los productos ofertados, especialmente en productos completamente ajenos al transporte (recordemos que el bien cartelizado son camiones). En cuanto a la cuarta de las cuestiones, el propio Tribunal advierte que *la cuestión de las demandas identificables de compradores identificables es un factor importante aunque no necesario*. En este sentido, advierte, que la posible existencia de un traslado de sobreprecio a "otros" implica que ese "otros" debe estar identificado, sea como clase o no, así como al menos una aproximación de la cantidad de la pérdida que ha sido transferida. Por todo ello, el CAT termina señalando que ninguno de los factores identificados para determinar la existencia de una causalidad relevante se encuentra presente lo que supone que la parte demandada no ha acreditado que el sobreprecio del cártel sea una causa directa y próxima del aumento de los precios específicos.

378. En cuanto al cuarto de los factores para nosotros sí es relevante. No debemos olvidar que en Reino Unido existe un sistema eficaz de acciones colectivas, lo que no sucede en España. De esta forma, nuestro análisis debe ser más exigente en este punto puesto que será difícil encontrar terceros, a determinados niveles de la cadena, con un interés jurídicamente relevante.

379. Así, no podemos sino reiterar nuestra posición manifestada en la SJM, Alicante Mercantil sección 1 del 04 de marzo de 2022 (ROJ: SJM A 2175/2022 - ECLI:ES:JMA:2022:2175).

380. Para determinar si la repercusión ha sido legalmente relevante los jueces y tribunales tienen que ir más allá de la mera constatación creíble del sobreprecio y atender a las concretas posiciones jurídicas del resto de afectados para determinar si la reclamación de aquel sobreprecio repercutido merece una protección provisional.

381. Protección provisional en el sentido de que puede esperarse *racionalmente* que el resto de perjudicados, o una parte relevante de los mismos, ejercitarán las acciones indemnizatorias correspondientes. Si el Tribunal llega a la conclusión de que la posición del resto de compradores de la cadena de distribución no puede ser considerada "jurídicamente relevante", a los efectos de ejercitar las acciones de daños, deberá admitir que demandante reclame el total del perjuicio.

382. Para determinar si el resto de compradores tienen una posición jurídica relevante que merezca protección debe considerarse lo siguiente:

- a) Si la cadena de distribución es amplia;
- b) Si existe una pluralidad de sujetos que, razonablemente, hayan soportado la repercusión o si, por el contrario, la repercusión se concentra en unos pocos;
- c) Deberá considerar igualmente si los daños y perjuicios se han podido diseminar a lo largo de una cadena más o menos definida de relaciones de consumo de forma que los hipotéticos consumidores puedan ser o no identificados;
- d) También deberá considerar si existe una posibilidad procesal razonable de que los intereses de compradores indirectos y consumidores (*sensu strictu*) ejerciten acciones para reclamación de daños. En el caso de los consumidores, por ejemplo, deberá tenerse en cuenta si existe un sistema efectivo de acciones colectivas y si el mismo es *opt-in* u *opt-out*.
- e) De la misma forma, en el caso de compradores de las escalas intermedias, será necesario considerar si el efecto repercusión afecta a uno, varios o a todos los compradores, así como los mecanismos procesales que los mismos tienen para ejercitar las acciones correspondientes. Deberá considerarse la posible integración o los posibles efectos de red que impidan que dichos compradores ejerciten acciones de daños.

383. No parece baladí el juego de las presunciones que la Directiva 20014/104/UE ha incorporado en materia de *passing-on*. En cierto modo, la propia Directiva, a través del establecimiento de dos presunciones de sentido contrario viene a establecer una presunción general de posición jurídica relevante a favor de la *prima actio*. Esto es, el Tribunal habrá de considerar, especialmente, las razones por las que el resto de posibles perjudicados no

han ejercitado las acciones de daños correspondientes. Si el juego de las presunciones, y nuestra propuesta de aplicación de la defensa de sobrecostes repercutidos, es correcta, el Tribunal viene obligado a considerar que aquel que ejercita la acción es aquel que se encontraba en mejor posición de ejercitarla. En el caso de que el resto de posibles perjudicados no ostenten un interés igual o superior al demandante, nada debería obstar para que la aplicación del mecanismo indemnizatorio, sobre la base de presupuestos político-normativos basados en el principio de enriquecimiento injusto, conlleve la definitiva apropiación por parte del primer demandante del total del perjuicio sufrido.

384. La carga de la prueba, en todo caso (217 LEC) le corresponderá al demandado, siempre que se haya podido establecer la acreditación al nivel de la cadena del demandante (recuérdese, a tal efecto, que dicha construcción la realizamos sobre la base de una presunción judicial del artículo 386 LEC huérfanos de una disposición similar a la contenida en el artículo 14 de la Directiva 2014/104/CE)

385. En definitiva, al analizar la defensa de sobrecostes repercutidos no se trata de resolver los problemas clásicos de la causalidad y la construcción de criterios de imputación objetiva que permitan atribuir jurídicamente el daño sufrido al autor. Se trata de construir una causalidad negativa para determinar en qué momento, el juez no debe seguir más allá en la cadena causal de los hechos. A partir de qué momento, por considerarse el daño remoto, su posible traslación resulta jurídicamente irrelevante.

D. *Circunstancias del caso concreto.*

386. A la vista de lo anteriormente señalado, debemos concluir que en el caso concreto, la defensa *passing-on* debe desestimarse. Los demandantes se encuentran en el último estadio de la cadena de distribución: son los compradores finales. Se trata de una cadena de distribución amplia y compleja en un sector fuertemente integrado que puede presentar fuertes efectos de red. Los compradores finales se caracterizan por ser pequeños empresarios por lo que el daño se presenta fuertemente atomizado. No es presumible que los mismos puedan ejercitar acciones colectivas y, de existir algún tipo de repercusión, no puede presumirse que los posibles perjudicados se encuentren en condiciones de demandar. El daño traslado, de existir sería mínimo, inapreciable y diluido a través de servicios no identificables puesto que el mismo se había diseminado a través de los servicios prestados por los camioneros. El daño sería así imposible de rastrear.

387. Es el ejemplo paradigmático de inadmisibilidad de la defensa *passing-on*.

DECIMOTERCERO. - Intereses.

388. Las cuantías fijadas en el fundamento UNDÉCIMO devengarán el interés legal moratorio de los artículos 1101 y 1108 CC desde la fecha de la demanda y hasta la fecha de la sentencia, así como el interés procesal del artículo 576 LEC desde la fecha de la sentencia hasta la fecha de su completo pago.

DECIMOCUARTO. - Costas.

389. Establece el artículo 394.1 LEC que en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

390. La norma general en materia de imposición de costas como es conocido, es la del vencimiento consagrada en el artículo 394 LEC. Sin embargo, no es una regla monolítica, y como señala la AP Cantabria (Sección 2ª), sentencia núm. 54/2013 de 31 enero, una interpretación literal de los términos empleados por el legislador al referirse a la parte que haya visto rechazadas "todas sus pretensiones", es claro que puede dar lugar a notorias injusticias, pues en no pocas ocasiones la estimación, aun siendo sustancial e importante, no es tan cabal y completa, pero tampoco lo desestimado relevante hasta el punto de justificar que el demandado se vea exonerado del pago de las costas. Por ello, como reconoce el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de Junio de 2006, "la doctrina de los Tribunales, con evidente inspiración en la "ratio" del precepto relativo al vencimiento, en la equidad, como regla de ponderación a observar en la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico, y en poderosas razones prácticas, complementa el sistema con la denominada doctrina de la "estimación sustancial" de la demanda, que, si en teoría se podría sintetizar en la existencia de un "cuasi-vencimiento", por operar únicamente cuando hay una leve diferencia entre lo pedido y lo obtenido, en la práctica es de especial utilidad en los supuestos que se ejercitan acciones resarcitorias de daños y perjuicios en los que la fijación del "quantum" es de difícil concreción y gran relatividad (...)" . La aplicación de tal doctrina conduce a un casuismo inevitable pues por su propia naturaleza resulta imposible fijar normas generales, pero en todo caso debe valorarse la entidad misma de lo desestimado y su relación y proporción con el total de lo estimado, su carácter accesorio y en definitiva, si desde la perspectiva de los intereses en juego y la ponderación que de los mismos hace el legislador en ese art. 394, resulta o no ajustado al espíritu de la norma que el condenado abone, no obstante la absolución parcial, las costas del juicio como si hubiese sido vencido totalmente.

391. La regla de la estimación sustancial se reitera igualmente en la STS, Civil sección 1 del 17 de noviembre de 2022 (ROJ: STS 4252/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4252).
392. Con anterioridad nos hemos formulado una pregunta, a la luz de la tesis del daño mínimo: ¿Debe tratarse igual manera al litigante que ha acudido al Tribunal con un metaestudio y ha obtenido una indemnización por daño mínimo que a aquel que ha realizado un esfuerzo probatorio significativo? ¿debe obtener la misma indemnización y el mismo trato procesal?
393. Desde el punto de vista sustantivo ya hemos afirmado que el daño es único por lo que no debe establecerse un daño mayo en función del esfuerzo probatorio sino exclusivamente en atención al resultado de aquel esfuerzo probatorio.
394. Sin embargo, no hemos contestado desde el punto de vista procesal.
395. En C-312/21 *Tráficos Manuel* de 16 de febrero de 2023 (ECLI: EU:C:2023:99), el Juez nacional había remitido la siguiente cuestión: *¿Es compatible con el derecho al pleno resarcimiento del perjudicado por una conducta anticompetitiva en el art. 101 TFUE y según la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, el régimen previsto en el artículo 394.2 LEC y que permite que ese perjudicado cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas como sobreprecio y que le son restituidas a raíz de la estimación parcial de su pretensión resarcitoria, que como presupuesto declarativo asume la existencia de una infracción anticompetitiva y su nexo causal con la producción de un perjuicio, que ciertamente se reconoce, cuantifica y concede como resultado del proceso?*
396. El Tribunal de Justicia contestó negativamente. El Tribunal recordaba que *el legislador tuvo buen cuidado de excluir la cuestión de las costas del ámbito de la aplicación de la Directiva 2014/104* por lo que las costas no forman parte del contenido de la misma (ap. 36 y 37). Por otra parte, examina la cuestión a la luz del principio de efectividad y declara que, en el marco de Derecho de la competencia, la asimetría de información se solventa a través del sistema de exhibición de pruebas, Esto es, mientras que en el ámbito de consumo (que servía por referencia) se tenía en cuenta el desequilibrio de fuerzas, en el ámbito del Derecho de daños por ilícitos anticompetitivos, *la Directiva 2014/104 tiene por objeto acciones que se dirigen a exigir la responsabilidad extracontractual de una empresa y en las que, como resultado de las medidas nacionales de transposición de las disposiciones de la Directiva enumeradas en el apartado 44 de la presente sentencia, la relación de fuerzas entre las partes del litigio puede terminar reequilibrándose en función del uso que se dé a estos instrumentos, que se ponen a disposición, particularmente, de la parte demandante*. La exhibición como elemento de reequilibrio que permite la igualar las fuerzas.
397. Sin embargo, en el apartado 47 el propio Tribunal advierte, siguiendo a la Abogada General, que *en caso de que un demandante vea parcialmente desestimadas sus pretensiones, es razonable imponerle cargar con sus propias costas, o al menos con una parte de ellas, y con una parte de las costas comunes si, en particular, la generación de esas costas le es imputable, por ejemplo, debido a la formulación de pretensiones excesivas o a la forma en que ha seguido el procedimiento*.
398. Finalmente se alcanza la conclusión de que la regla del artículo 394.2 LEC no es contraria al principio de efectividad y, por tanto, no es contraria al Derecho de la Unión. Cabe señalar, en todo caso, que tal apreciación es la realizada desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea. Nada impide que la regla nacional, jurisprudencial, no pueda evolucionar.
399. Varias son las dudas que nos asaltan.
400. La primera, es que mientras el Tribunal de Justicia, en el apartado 47 hace referencia a que la generación de costas le sea imputable al demandante por la formación de "pretensiones excesivas" es necesario considerar qué debe entenderse exceso en la formulación de pretensiones.
401. La aproximación tradicional a la imposición de costas en materia de daños es una aproximación puramente cuantitativa, no cualitativa. Ello supone que la regla tradicional no ha sido capaz de aprehender los supuestos en los que para el demandante sea determinar si el daño era prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar con precisión sobre la base de las pruebas disponibles. Existen supuestos en los que el daño es difícil de cuantificar, pero, aun así, el daño existe.
402. Por tanto, el exceso deberá valorarse siempre a la luz de las circunstancias concurrentes. De esa forma, un exceso en la valoración del daño no siempre será automáticamente reprochable. Ello será así especialmente en los casos en los que se acude a la estimación judicial por el hecho de ser excesivamente difícil cuantificar con precisión el daño. En este caso, el exceso proviene de una dificultad advertida por el juez que, en algunos casos, será consecuencia necesaria del esfuerzo procesal llevado a cabo por la parte actora. Esto es, la propia

parte, pretendiendo acreditar el daño, terminará acreditando la dificultad inmanente a la cuantificación del mismo en el caso concreto.

403. La segunda, es que las SSTs de 12 a 14 de junio de 2023 han reconocido la existencia de un daño mínimo cuando el daño se revela de forma automática de la propia Decisión. Es cierto que el Tribunal supremo señala que la superación del estándar probatorio se declara evitando caer en sesgos retrospectivos.

404. Sin embargo, y reconociendo la prudencia del Tribunal, como no podría ser de otra manera, hemos de advertir que dicha realidad, no debe ser modificada. Y ello sin miedo a sesgo alguno.

405. El Tribunal Supremo está en lo cierto: no existe ni un solo instrumento legal vinculante o no vinculante que imponga los análisis de regresión económica como métodos de cuantificación de perjuicios. Más aun, si algo dice la Guía práctica de la Comisión Europea, es que nada imposibilita enfoques pragmáticos. A ello aludíamos ya en la SJM, Alicante Mercantil sección 1 del 04 de marzo de 2022 (ROJ: SJM A 2175/2022 - ECLI:ES:JMA:2022:2175).

406. El cártel de los camiones no es un cártel clásico. Es algo sabido por todos. Cabe preguntarse, sin embargo, si en el caso de un cartel duro de fijación de precios netos relativos a cualquier bien de consumo (pensemos que los principales fabricantes de batidoras se reúnen con la finalidad de subir los precios al consumidor en el mercado español) será necesario un informe de regresión económica para que el consumidor pueda acceder a una indemnización sobre la base de que tales informes se han popularizado. No nos parece razonable. En el caso de un cartel duro de fijación de precios, parece que, para el triunfo de un consumidor o de una PYME triunfe, debería bastar, al menos para un daño mínimo que tenga en cuenta las circunstancias concretas del cártel, adjuntar la decisión de la Autoridad de Competencia a la demanda. Especialmente mientras no exista ningún sistema eficaz de acciones colectivas.

407. La tesis del Tribunal supremo nos parece absolutamente correcta. Estimar un daño mínimo no impide acreditar un daño superior o inferior. Se trata de una cuestión de estándar, no de validación de informes.

408. La segunda cuestión que nos asalta es la relativa al acceso a pruebas. El Tribunal de Justicia hace especial hincapié en el acceso a pruebas como mecanismo de reequilibrio de fuerzas entre las partes en conflicto. No podemos estar de acuerdo. El propio Tribunal Supremo, en las SSTs de 12 a 14 de junio de 2023 destaca que el plazo para la interposición de la demanda es de 20 días una vez una vez practicado (art. 283 bis e) LEC). Es cierto que el transcurso del plazo no impide *necesariamente* la interposición de la demanda pero sí que se establece un importante sistema de sanciones. En primer lugar, mediante la condena en costas al solicitante y la imposición de oficio de responsabilidad por los daños y perjuicios que se hayan producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas. En segundo lugar, mediante la posibilidad de revocación de los actos de cumplimiento que se hubiera realizado, a instancia de parte perjudicado, y, ahora así, mediante la posibilidad de *declarar que los datos e informaciones recabados por el solicitante no puedan ser utilizados por éste en ningún otro proceso, cuando se aprecie abuso por su parte*.

409. Resumimos: la parte actora tiene 20 días para analizar los datos a lo que se le haya dado acceso (nada decimos de las condiciones) y, a la vista de los mismos, formular su demanda. Datos a los que el infractor ha tenido acceso desde el inicio del cártel y, especialmente, desde que conoció la existencia de un procedimiento de competencia contra el mismo. En nuestro caso, los demandados han tenido 8 años para preparar su defensa, para examinar sus datos, formular una teoría de daño cero o de no daño. Es cierto que la demandada tiene que contestar en el plazo de 20 días. Pero también es cierto que puede aportar el informe pericial con posterioridad (337 LEC), como viene siendo generalmente admitido. Lo cierto es que solo necesita formular el informe de refutación porque el informe de la actora es el único al que no ha tenido acceso. En cuanto a su propia cuantificación alternativa (sea negativa o positiva), la parte habrá explorado la posibilidad de que su conducta haya causado algún daño el día mismo que entró por la puerta de la Comisión Europea con la finalidad de poder evaluar internamente la posible responsabilidad a la que se enfrenta y, en su caso, realizar las provisiones necesarias. De hecho, nos atrevemos a señalar que miembro de un cártel, de forma absolutamente racional, entra en un programa de clemencia sin tener en cuenta sus propias responsabilidades civiles por la conducta.

410. Por tanto, no es evidente que el reconocimiento de un derecho de acceso a pruebas, supere cualquier tipo de desequilibrio entre las partes, al margen de las condiciones procesales en las que dicho acceso se ha producido. Tales cuestiones son omitidas por el Tribunal de Justicia.

411. La tercera es que debemos asumir que en el ámbito del Derecho de la Competencia existirán situaciones en las que será prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar con precisión el daño causado sobre la base de las pruebas disponibles. Precisamente por ello, la Directiva prevé el recurso a la estimación

judicial sin que el juez pueda suplir la inactividad de las partes, como señala el propio TJUE en la sentencia anteriormente citada.

412. Esto es, no se trata simplemente de la imposibilidad de recrear el contrafáctico sino de una verdadera dificultad de cuantificación. Sin embargo, no parece que el esfuerzo probatorio pueda ser igualado so pena de premiar a aquel que ha realizado un menor esfuerzo de aquel que ha realizado uno mayor.

413. En un escenario como el descrito, de imposibilidad de recreación del contrafactual, de limitaciones en cuanto al acceso real a las pruebas, de desigualdad y de imposibilidad de cuantificación del daño real, no podemos igualar a aquel demandante que ha confiado su reclamación a un metaestudio (admisible y válido) que aquel que ha confiado en una pericial más robusta.

414. De ahí que consideremos que el criterio tradicional de la estimación sustancial en materia de daños por infracciones de competencia debe ser superado con la introducción de criterios cualitativos que tengan en cuenta el esfuerzo procesal que ha observado la parte para poder acreditar la realidad del daño. A fin de cuentas, la indemnización no es una verdad autoevidente y es necesario acreditar tanto el daño como su cuantificación lo que supone superar una pléyade de obstáculos, desde la legitimación, a la causalidad.

415. De hecho, especialmente relevante es el hecho de que, en este tipo de procesos, los demandantes se han enfrentado a una miríada de excepciones que han conseguido superar, no sin gran esfuerzo. Como decimos, el daño es único pero el esfuerzo debe ser premiado.

416. Existe un último argumento que realizamos desde la perspectiva del Derecho nacional. La regla clásica en materia de costas no incentiva la litigación racional. Desde el punto de vista de los infractores, bastará demoler el informe de la parte actora para evitar la condena en costas. Y ello en un campo abonado especialmente a las dudas, por la necesidad de traer al procedimiento conocimiento económicos altamente complejos. En un escenario como el descrito no existe ningún incentivo racional para alcanzar acuerdos previos al dictado de la sentencia. Todo lo contrario. Los costes del proceso se reparten.

417. En un escenario como el descrito, en el que la probabilidad de estimación parcial es alta por la incertidumbre propia de la materia, limitar la imposición de costas a una cuestión meramente cuantitativa sin tener en cuenta el esfuerzo de las partes, reduce significativamente el beneficio neto de los perjudicados. Hemos de atender a las peculiaridades de cada caso y al esfuerzo llevado a cabo por la parte para acreditar el perjuicio sin que se pueda igualar a unos y otros sobre la base de una imposibilidad racional de alcanzar una cuantificación del daño sobre la base la prueba practicada. De hecho, si se produce algún tipo de *feedback* entre reclamantes, este tiene lugar en favor de aquellos que menor esfuerzo han realizado, dado que se benefician de la acreditación de la imposibilidad de cuantificación del daño demostrada, precisamente, por aquellos demandantes que han llevado a cabo un esfuerzo probatorio significativo. En definitiva, una regla en materia de costas que no tenga en cuenta el esfuerzo probatorio de unos y otros es un campo abonado al *free-riding*.

418. No podemos caer aquí tampoco en un sesgo retrospectivo pero tampoco realizar un juicio favorable únicamente por el hecho de presentar un informe económico de regresión. El criterio, como decimos, ha de ser cualitativo.

419. Llegados a este punto, el informe Caballer/Herrerías ha sido estimado por una parte sustancial de audiencias provinciales. Dos Audiencias han considerado reducir el importe considerado por el informe. Se trata de A Coruña y Granada. Y el informe así como su resultado es estimado plenamente por, al menos, Lleida, Zaragoza, Cuenca, Cáceres, Málaga, Ávila, Valladolid, Burgos, La Rioja, Álava y Guipúzkoa.

420. Por todo ello es por lo que se estima sustancialmente la demanda, procediendo la imposición de costas a la demandada.

FALLO

Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda presentada por D^a Alfredo Barceló Bonet, Procurador de los Tribunales y de Petra, y bajo la dirección técnica del letrado D. Jaime Concheiro Fernández, contra la entidad mercantil DAF TRUCKS N.V representada por el Procurador de los Tribunales Don Vicente Miralles Morera y bajo la dirección letrada de Don Sergio Sánchez Gimeno, y en consecuencia debo declarar y declaro que la parte demandada es responsable de daños causados a los actores y por tanto procede condenar a la parte demandada a pagar 5% del valor de adquisición de cada vehículo, cuantía que se capitalizará conforme al método compuesto, por referencia al interés legal del dinero para cada anualidad, desde la fecha de adquisición del vehículo hasta la fecha de presentación de la demanda.



Dicha cuantía devengará el interés legal moratorio de los artículos 1101 y 1108 CC desde la fecha de la demanda y hasta la fecha de la sentencia, así como el interés procesal del artículo 576 LEC desde la fecha de la sentencia hasta la fecha de su completo pago.

Las costas se imponen a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN, el cual deberá interponerse en este Juzgado en el plazo de VEINTE DÍAS a contar desde la fecha de su efectiva notificación.

Así por esta mi Sentencia, de la que se unirá testimonio a los autos de su razón, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el magistrado-juez Gustavo Andrés Martín Martín, juez del juzgado de lo mercantil número 1 de Alicante mientras celebraba audiencia pública en el día de su fecha de lo que como Letrada al Servicio de la Administración de Justicia certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDO