



Roj: **STS 2472/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2472**

Id Cendoj: **28079110012023100843**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/06/2023**

Nº de Recurso: **2757/2020**

Nº de Resolución: **924/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL/2757/2020

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2757/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Civil**

**Sentencia núm. 924/2023**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo D. Rafael Sarazá Jimena D. Pedro José Vela Torres D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 12 de junio de 2023.

Esta Sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 9.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Valencia. Es parte recurrente las entidades Fiat Chrysler Automobiles, N.V. y CNH Industrial N.V., representadas por el procurador José Manuel Jiménez López, posteriormente sustituido por la procuradora Nerea Hernández Barón, sustituida por el procurador Victorio Venturini Medina, que comparece el día de la vista, y bajo la dirección letrada de Irene Arévalo González, que asistió a la celebración de la vista. Es parte recurrida Lorenzo, representado por la procuradora Rosa María Pardo Moreno, que asiste a la celebración de la vista y bajo la dirección letrada de Natalia Cortell Picot, que fue sustituida en la vista por el letrado Rafael Fuentes Castro.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **PRIMERO.- Tramitación en primera instancia**

1.- El procurador Francisco José García Albert, en nombre y representación de Lorenzo, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Valencia, contra las entidades Fiat Chrysler Automobiles N.V. y CNH Industrial N.V., para que se dictase sentencia por la que:

"1. Se declare responsable de los daños y perjuicios producidos, condenándole a pagar a mi mandante en concepto de daños y perjuicios la cantidad de seis mil seiscientos noventa y cuatro euros con tres céntimos (6.694,03 euros) correspondiente al importe pagado en exceso por la compra del vehículo-camión, más los intereses que debidamente correspondan.

"2. La condena al pago de los intereses procesales desde la interposición de la presente demanda hasta el completo pago de lo declarado en Sentencia.

"3. Todo ello con expresa imposición de las costas a la parte demandada".

2.- El procurador Francisco Abajo Abril, en representación de las entidades Fiat Chrysler Automobiles N.V. y CNH Industrial N.V., contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"desestime íntegramente la demanda con expresa condena al demandante al pago de las costas ocasionadas a mis representadas en esta instancia".

3.- El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Valencia dictó sentencia con fecha 15 de abril de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Que debo acordar y acuerdo estimar parcialmente la demanda interpuesta por Lorenzo contra Fiat Chrysler Automobiles, NV, y en consecuencia, se condena a Fiat Chrysler Automobiles, NV a que, firme que sea la presente, pague a Lorenzo la cantidad de 1.835€, con los intereses legales desde la fecha de demanda, y todo ello sin que proceda imposición de costas.

"Que debo acordar y acuerdo desestimar la demanda interpuesta por Lorenzo contra CNH Industrial, NV, y todo ello sin que proceda imposición de costas".

#### **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de Lorenzo y las entidades Fiat Chrysler Automobiles N.V. y CNH Industrial N.V.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia mediante sentencia de 24 de febrero de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Estimamos parcialmente el recurso interpuesto por la representación procesal de D. Lorenzo contra la sentencia del Juzgado Mercantil nº 2 de los de Valencia de 15 de abril de 2019, en el particular relativo al pronunciamiento sobre intereses, condenando a las demandadas al abono de los intereses legales del importe de la condena desde la fecha de adquisición del **camión**, y extendiendo la condena a ambas demandadas, incluyendo a CNH Industrial NV a la que reconocemos legitimación pasiva condenando a ambas demandadas en forma solidaria, sin hacer pronunciamiento impositivo respecto de las costas de la apelación.

"Desestimamos el recurso de apelación formulado por la representación de CNH Industrial NV y Fiat Chrysler Automobiles NV, contra la mencionada Sentencia, sin hacer pronunciamiento impositivo respecto de las costas de su recurso de apelación.

"Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida, no afectados por la presente, en particular respecto de la no expresa imposición de costas de primera instancia.

"Se acuerda reintegrar al demandante apelante el depósito constituido para recurrir.

"Se acuerda la pérdida del depósito constituido por la parte demandada para apelar".

#### **TERCERO.-** *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal de casación*

1.- El procurador José Manuel Jiménez López, en representación de las entidades Fiat Chrysler Automobiles N.V. y CNH Industrial N.V., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación ante la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"1º) Al amparo del artículo 469.1.4º LEC, por vulneración del art. 24.1 CE en tanto que la Sentencia recurrida modifica en apelación el planteamiento originario del debate causando indefensión a mis mandantes.

"2º) Al amparo del artículo 469.1. 2º LEC, por vulneración del art. 217 LEC al infringir las normas sobre la carga de la prueba regladas en su nº 2 y aplicar indebidamente el principio de facilidad probatoria previsto en su nº 7.

"3º) Al amparo del motivo 4º del artículo 469 LEC, por infracción del art. 386 LEC sobre las presunciones judiciales.

"4º) Al amparo del art. 469.1.2º LEC, por vulneración, en la formación del juicio de hecho, del art. 216 LEC en relación con el art. 282 LEC sobre el principio de justicia rogada.

"5º) Al amparo del artículo 469.1-2º LEC por infracción del artículo 218.2 LEC sobre motivación".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Al amparo del artículo 477.1 LEC, por infracción de la jurisprudencia relativa a la responsabilidad solidaria impropia, al estimar la Sentencia recurrida la legitimación pasiva de CNH.



"2º) Al amparo del artículo 477.1 LEC, por infracción, por incorrecta aplicación, de la doctrina jurisprudencial sobre el daño "ex re ipsa".

"3º) Al amparo del artículo 477.1 LEC, por infracción del art. 1108 CC en relación con el art. 1101 CC y de la jurisprudencia que los interpreta en cuanto se refiere a la fijación del *dies a quo* para el inicio del devengo de los intereses legales".

2.- Por diligencia de ordenación de 16 de julio de 2020, la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9.ª) tuvo por interpuestos los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3.- Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente las entidades Fiat Chrysler Automobiles, N.V. y CNH Industrial N.V., representadas por el procurador José Manuel Jiménez López, posteriormente sustituido por la procuradora Nerea Hernández Barón; y como parte recurrida Lorenzo, representado por la procuradora Rosa María Pardo Moreno.

4.- Esta sala dictó auto de fecha 21 de septiembre de 2022, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de Fiat Chrysler Automobiles N.V. y CNH Industrial N.V., contra la sentencia n.º 252/2020, de 24 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.ª, en el rollo de apelación n.º 1311/2019, dimanante de los autos de procedimiento ordinario n.º 308/2018, seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Valencia".

5.- Dado traslado, la representación procesal de Lorenzo presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

6.- Para la resolución del presente recurso se señaló votación y fallo el día 18 de enero de 2023. Por providencia de fecha 9 de enero de 2023, se dejó sin efecto el mencionado señalamiento hasta que el TJUE se pronunciara sobre la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Valencia, dada la trascendencia de su decisión para la resolución del recurso.

7.- Por providencia de 3 de marzo de 2023 se señaló el día 11 de mayo de 2023 para la celebración de vista y se concedió a las partes un plazo de 10 días para formular alegaciones sobre la sentencia del Tribunal de Justicia de Unión Europea de 16 de febrero de 2023.

8.- En cumplimiento del plazo anteriormente mencionado, las respectivas representaciones procesales de las entidades Fiat Chrysler Automobiles, N.V. y CNH Industrial N.V.; y Lorenzo presentaron escritos de alegaciones.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1.- Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia y que guardan relación con lo que es objeto de recurso.

El 14 de julio de 2004, Lorenzo adquirió un vehículo industrial de la marca IVECO modelo ML 120E24, en el concesionario Mediterránea de **Camiones**, S.L., por un importe de 36.700 euros más IVA.

2.- El 19 de julio de 2016, la Comisión Europea dictó una Decisión [CASE AT.39824 -Trucks] (en adelante, la Decisión) en la que recogía el reconocimiento de hechos constitutivos de prácticas colusorias infractoras del art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y 53 del Acuerdo EEE por parte quince sociedades integradas en cinco empresas fabricantes de **camiones** (MAN, DAF, IVECO, DAIMLER MERCEDES y VOLVO/RENAULT). De acuerdo con la parte dispositiva de la Decisión, las conductas infractoras, desarrolladas entre el 17 de enero de 1997 y el 18 de enero de 2011, consistieron en la colusión en la fijación de precios e incrementos de precios brutos en el Espacio Económico Europeo (EEE) de **camiones** medianos y pesados y en el calendario y la repercusión de los costes de introducción de tecnologías de control de emisiones para **camiones** medios y pesados conforme a las normas EURO 3 a 6. La Decisión impuso a esas empresas cuantiosas multas por la comisión de tales infracciones, les ordenó poner término a las referidas infracciones si no lo hubieran hecho ya y abstenerse de repetir cualquier acto o conducta como las descritas o que tuviera similar objeto o efecto. Un resumen de esta decisión fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 6 de abril de 2017.

Entre las destinatarias de la Decisión se encuentran cuatro sociedades que la propia Decisión agrupa dentro de la unidad empresarial Iveco: Fiat Chrysler Automobiles N.V., desde el 17 de enero de 1997 hasta el 31 de



diciembre de 2010; CNH Industrial N.V., desde el 1 de enero de 2011 hasta el 18 de enero de 2011; Iveco S.p.A., desde el 17 de enero de 1997 hasta el hasta el 18 de enero de 2011; Iveco Magirus AG, desde el 26 de junio de 2001 hasta el 18 de enero de 2011.

El 25 de julio de 2017, el Sr. Lorenzo remitió un burofax a Iveco España, S.L. en el que reclamaba una indemnización por el daño sufrido con el sobreprecio del vehículo comprado, ocasionado por el **cártel** sancionado por la Comisión en su Decisión de 19 de julio de 2016.

**3.-** Lorenzo interpuso una demanda contra CNH Industrial N.V. (en adelante CNHI) y Fiat Chrysler Automobiles N.V. (en adelante, Fiat Chrysler), sociedades del grupo Iveco, en la que sobre la base de la infracción del Derecho de la Competencia declarada por la Comisión Europea en su Decisión de 19 de julio de 2016, pedía la condena de las demandadas a indemnizarle en el sobrecoste ocasionado por el **cártel** en la compra de su vehículo el año 2004. El demandante, sobre la base de un informe pericial que cifraba el sobrecoste en un 20,7% respecto del precio de adquisición, pedía 6.694,03 euros, más los intereses que correspondan.

**4.-** La demandada además de oponerse a la demanda por negar el daño y su cuantificación, formuló una serie de excepciones. En lo que ahora interesa -en atención a lo que es objeto de recurso extraordinario-, excepcionó la falta de legitimación pasiva de CNHI, porque Iveco España, S.A. que comercializa los **camiones** IVECO en España no fue destinataria de la Decisión y CNHI sólo lo fue durante el periodo comprendido entre el 1 y el 18 de enero de 2011, muchos años después de la venta del **camión**. Y también excepcionó la prescripción de la acción, pues el plazo de un año del art. 1968 CC debía comenzar a computarse desde el 19 de julio de 2016 (fecha de publicación del anuncio de la Decisión) y la demanda fue interpuesta en noviembre de 2017, sin que la reclamación de 12 de julio de 2017 pueda surtir el efecto de interrumpir la prescripción porque iba dirigida a otra entidad distinta de la demandada.

**5.-** La sentencia de primera instancia estimó la excepción de falta de legitimación pasiva de CNHI y desestimó el resto de las excepciones, incluida la de prescripción de la acción. En cuanto al fondo del asunto, el juzgado entendió acreditado el daño y, ante la dificultad de cuantificarlo, acordó una estimación judicial del 5% del precio de adquisición. En consecuencia condenó a Fiat Chrysler a pagar al demandante la suma de 1.835 euros, más el interés legal del dinero desde la interpelación judicial.

**6.-** La sentencia fue recurrida en apelación por ambas partes. El demandante recurrió el pronunciamiento que estimaba la falta de legitimación pasiva de CNHI, así como la cuantificación del daño (sobreprecio) en el 5% y que los intereses se devenguen desde la interpelación judicial y no desde la compra del vehículo. Y Fiat Chrysler apeló la sentencia por diversas razones: por no apreciar las excepciones de falta de legitimación activa y de prescripción de la acción, por presumir indebidamente la existencia del daño y estimar también de forma indebida el importe de la indemnización, y por no haber apreciado que el supuesto sobrecoste fue trasladado por el demandante a sus clientes.

La Audiencia estima en parte el recurso de apelación del Sr. Lorenzo en el siguiente sentido: por una parte, declara la legitimación pasiva de CNHI, a quien condena, junto con Fiat Chrysler, como responsable solidario de los daños ocasionados al demandante con ocasión de la compra de su vehículo; y, por otra, declara que los intereses devengados por la suma en que se cuantificó el sobreprecio (1.835 euros) devenga intereses desde la fecha de la compra. Y la Audiencia desestima íntegramente el recurso de Fiat Chrysler.

Por el interés que puede tener para la resolución del presente recurso destacamos los siguientes razonamientos de la sentencia de apelación:

**6.1.-** La Audiencia reconoce la legitimación pasiva de CNHI con la siguiente argumentación:

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

"La responsabilidad que resulta de la Decisión de la Comisión es solidaria. No puede exigirse al eventual perjudicado que haga una labor de investigación y valoración de las conductas de las destinatarias de la infracción en función de sus modificaciones estructurales y concretos períodos en que, en cada momento,



operaron bajo una distinta denominación. Por ello, los coinfractores son conjuntamente responsables de la totalidad del perjuicio causado por la infracción, en el ámbito de la relación externa de la solidaridad, y sin perjuicio de la eventual distribución entre codeudores (relación interna).

"No podemos perder de vista que en la propia Decisión de la Comisión se hace referencia a la modificación estructural de IVECO considerada como "empresa" desde la perspectiva de las decisiones del TJUE.

"A lo largo del párrafo 97 (en sus diversos apartados) se refiere a FIAT CHRYSLER AUTOMOBILES NV como "antigua" sociedad matriz de IVECO SpA. En la Tabla 2 (párrafo 120) relativo a la duración de la infracción, se atribuye a la "empresa" IVECO un período comprendido entre el 17 de enero de 1997 y el 18 de enero de 2011. Y si volvemos al párrafo 97 encontraremos la relación de las sociedades que se consideran conjunta y solidariamente responsables de la infracción cometida, entre las que se encuentra - como ya hemos dicho - la entidad codemandada. Resulta de lo actuado que el origen de CNH INDUSTRIAL NV y de FIAT CHRYSLER AUTOMOBILES NV es la consecuencia de la separación de Fiat SpA, en 2011, en dos sociedades, así como de procesos de modificación estructural que condujeron a la conformación de las codemandadas (Nota 14 a pie de página relativa al párrafo 35 de la Decisión de la Comisión).

"Sin perjuicio de cuanto se ha expuesto (suficiente para estimar el motivo de apelación, por resultar directamente de la Decisión de la Comisión que sirve de base a la acción ejercitada), simplemente apuntaremos la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la que, en relación a los conceptos de "empresa" y "unidad económica" es posible la extensión de la responsabilidad en el ámbito de la sucesión empresarial derivada de las modificaciones estructurales, y en particular, la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2019, C- 724/17".

**6.2.-** En cuanto a la prescripción, la Audiencia considera de aplicación el plazo de un año del art. 1968 CC, que debe computarse desde que el demandado tuvo un conocimiento efectivo del daño sufrido, lo que sitúa no en el momento en que se emitió la nota de prensa (el 19 de julio de 2016), sino desde que se publicó la decisión final (6 de abril de 2017). Antes de que se cumpliera el año, el plazo se vio interrumpido por la reclamación extrajudicial realizada mediante un burofax el 15 de febrero de 2018.

**6.3.-** Luego, la Audiencia entra a analizar la concurrencia de los tres elementos propios de la responsabilidad civil extracontractual del art. 1902 CC y concluye este análisis del siguiente modo:

"De este modo, estando acreditado el vehículo fue adquirido en España (mercado geográfico relevante conforme a la Decisión), de una de las empresas integrantes del acuerdo y durante el periodo de cartelización, cabe presumir con certeza (en los términos del art. 386 LEC) la existencia de un daño (consistente en sobre precio de adquisición) causado por la conducta anticompetitiva integrada por las demandadas, por lo que la conclusión de la sentencia ha de ser mantenida".

En relación con el empleo de la regla *ex re ipsa loquitur* y la estimación judicial, la Audiencia argumenta:

"La cautela que impone la aplicación de la doctrina *ex re ipsa* (como, cuando proceda, la apreciación judicial del daño a que se refiere la Directiva y la norma transpuesta) no permite equiparar los supuestos en que se ha cumplido con la efectiva carga de la prueba, con aquellos otros en que la parte, pese al intento realizado (que puede abrir la puerta a la ponderación judicial) no lo ha conseguido, por error en el método, en el objeto, o en la identificación de los elementos (datos y bases) que le hubieran permitido expresar unas conclusiones válidas, aún en términos de probabilidad.

"No se trata de sustituir la pericia por la discrecionalidad, con el riesgo que ello entraña de banalización del proceso y de supresión del principio de carga de la prueba del daño que incumbe al perjudicado.

"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 (...), esa indemnización no puede consistir en lo que se hubiera podido percibir efectivamente en el proceso del que deriva el daño (...)".

La Audiencia, después de recordar que la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013 (**cartel** del Azúcar) rechaza las decisiones salomónicas como criterio de cuantificación y exige del tribunal la justificación de su decisión, entiende adecuado que el juzgado haya fijado el sobreprecio en un 5%:

"Pues bien, para fijar la conclusión expresada hemos tomado en consideración los elementos resultantes de la Decisión de la Comisión, los criterios jurisprudenciales que establecen elementos de ponderación, y la prueba practicada en el proceso. En particular, hemos valorado: a) La naturaleza del **cartel**, en el que la conducta sancionada no es la fijación de precios netos, sino el intercambio de información en relación con las listas de



precios brutos, b) las características del mercado de **camiones** (altamente cíclica) c) la heterogeneidad del producto final (descrito en el párrafo 26 de la Decisión) con la enorme posibilidad de variantes que inciden en el precio de venta de cada **camión**, tal y como manifestaron los peritos en el acto de la vista, incluso con diferencias de 50.000 euros, según expresó el Sr. Edmundo, d) la propia política de enormes descuentos aplicados a los compradores de **camiones** en los precios de venta sobre el precio de lista bruto inicial (descrita en el apartado 27 de la Decisión). Pero también, la dificultad probatoria y el desequilibrio en la posición de las partes para rechazar el argumento de daño cero a que se refiere la parte demandada, que no ha ofrecido cuantificación alguna, limitándose a negar cualquier sobreprecio, daño o incidencia de la conducta infractora en el comportamiento del mercado. O la eventual incidencia de crisis económica y la ausencia de datos para valorar sus efectos en el amplio periodo de cartelización".

**6.4.-** Finalmente, reconoce la procedencia de que la cantidad en que se cuantifica el sobreprecio devengue intereses desde la fecha de adquisición del vehículo, aunque el suplico de la demanda resultaba un poco equívoco:

"(...) si bien la petición es confusa y deliberadamente ambigua, teniendo en cuenta que en el apartado c) del fundamento jurídico Décimo de la demanda -"Daño emergente, lucro cesante e intereses"- la actora se refiere a los intereses desde la fecha de la compra de los **camiones** con invocación de la Guía Práctica de la comisión y cita de pronunciamientos judiciales en que apoya lo que pide, integrando con ello el suplico de la demanda, no citando los artículos 1101 y 1108 del Código Civil que señala la sentencia recurrida, y que, nuevamente, en su recurso la actora solicita los intereses desde la compra del vehículo procede acoger tal motivo de recurso, con arreglo a la doctrina del TJUE y criterios del Tribunal Supremo que resultan de las resoluciones citadas".

**7.-** Frente a la sentencia de apelación, CNHI y Fiat Chrysler han interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de cinco motivos y un recurso de casación articulado en tres motivos.

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal**

**SEGUNDO.-** *Motivo primero: alteración del planteamiento originario del debate*

**1.- Planteamiento.** El *motivo primero* se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, por vulneración del art. 24 de la Constitución Española, porque "la sentencia recurrida modifica en apelación el planteamiento originario del debate causando indefensión a esta parte".

En el desarrollo del motivo, se razona que la sentencia recurrida cambia la fundamentación jurídica debatida en el proceso, pues viene a aplicar indirectamente la Directiva 2014/104/UE y la norma española que la traspone. De alguna forma, la sentencia sustituye el principio de interpretación conforme a la Directiva de Daños rechazado en ambas instancias por una nueva y original *ratio decidendi*: la aplicación del "acervo comunitario", que supuestamente ya reflejaba lo que la Directiva luego habría codificado, es decir, una supuesta presunción del daño que, presente en la Directiva, habría preexistido a esta. Esta afirmación/interpretación -sobre la que nada han podido decir las partes- sirve así para construir una presunción de existencia de daño, con la correspondiente inversión de la carga de la prueba, reforzada por la aplicación del principio de facilidad probatoria del artículo 217.3 LEC y determinación de su cuantía aun en ausencia de prueba.

**2.- Resolución de la Sala.** Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

El motivo denuncia una inexistente modificación en apelación del planteamiento originario del debate. En la demanda se ejerció una reclamación de la indemnización del daño sufrido por el demandante con la compra de un vehículo afectado por el denominado "**cártel de los camiones**", declarado y sancionado por la Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016. Esta reclamación se ejercita no al amparo de la Directiva 2014/104/UE, sino de la normativa y jurisprudencia anterior, que permitía reclamar los daños derivados de infracciones del art. 101 TFUE o del art. 1 LDC como una acción de responsabilidad civil extracontractual. La sentencia recurrida no deja de aplicar esta normativa, sin perjuicio de que, al reseñar la jurisprudencia anterior a la Directiva, concluya que esa jurisprudencia había anticipado algunas de las reglas respecto de la acreditación de los daños que se recogen en la Directiva. Este planteamiento, en lo que ahora interesa, no altera el originario del debate hasta generar indefensión a la demandada. En su caso, esas consideraciones recogidas en la sentencia de apelación, al interpretar el derecho y la jurisprudencia aplicable, podrían ser objeto de impugnación por vía del recurso de casación si llegaran a constituir una infracción legal, pero no por este cauce de la infracción procesal.

**TERCERO.-** *Motivos segundo, tercero y cuarto: carga de la prueba y presunciones*

**1.- Planteamiento.** Por su estrecha vinculación en este caso, procede analizar conjuntamente los motivos segundo, tercero y cuarto. Estos tres motivos se refieren a un problema común -el tratamiento procesal de

la prueba del daño reclamado en la demanda- y sus argumentaciones son complementarias. Un tratamiento mejor de la cuestión aconseja su resolución conjunta.

**1.1.-** El *motivo segundo* se formula al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC, por vulneración del art. 217 LEC, al infringir las normas sobre la carga de la prueba regladas en el nº 2 y aplicar indebidamente el principio de facilidad probatoria.

El recurrente parte de la consideración de que era perfectamente posible para el demandante demostrar el hecho positivo del daño y que no nos encontramos ante un supuesto de imposibilidad o de dificultad objetiva para la parte demandante de probar los daños y su cuantía, ya que en otros procesos esa prueba se ha producido. El demandante no ha cumplido con la carga y estándar de prueba que determina el Tribunal Supremo en la sentencia 651/2013, de 7 de noviembre, del **cártel** del azúcar ("formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre daros contrastables y no erróneos").

**1.2.-** El *motivo tercero* se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, por infracción del art. 386 LEC sobre presunciones judiciales.

En el desarrollo del motivo se razona por qué, a su juicio, la presunción empleada por la sentencia recurrida no es procedente para fijar como hecho probado el daño ocasionado al demandante. Al no haber sido probado por él, debió considerarse como no acreditado, de acuerdo con las reglas de la carga de la prueba. Y, con carácter subsidiario, anuncia que si esta prueba de presunciones se apreciara procedente, ha formulado el segundo motivo de casación.

Según el recurrente, la sentencia recurrida declara fijado (probado) el perjuicio en virtud de una presunción. La sentencia parece haber llegado a esta presunción bien por la interpretación del Derecho nacional anterior a la trasposición de la Directiva a la luz de otros criterios (jurisprudenciales) coincidentes con el art. 17.2 de la Directiva; o bien por la aplicación de una presunción judicial de las previstas en el art. 386 LEC. El recurso combate la aplicación de la prueba de presunciones del art. 386 LEC. Entiende que resulta improcedente porque no se cumplen en este caso los requisitos exigidos por el art. 386 LEC, y que analiza con detalle.

**1.3.-** El *motivo cuarto* se formula al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC, por infracción, en la formación del juicio de hecho, del art. 216 LEC en relación con el art. 282 LEC sobre el principio de justicia rogada.

En el desarrollo del motivo se razona que "por mucho que se quiera flexibilizar la interpretación de la regla del *onus probandi* del art. 217 LEC, como en ocasiones ha hecho la jurisprudencia (...), no puede llegarse al extremo de prescindir del principio que hace recaer sobre las partes la carga probatoria y de la regla del *onus probandi* en caso de su insuficiencia, sustituyéndolas, a la hora de resolver, bien por la aplicación pura y dura de la presunción del art. 17 de la Directiva (solución del Juzgado Mercantil), bien por la aplicación de una presunción ex artículo 386 LEC".

Añade que para que el juez pueda valorar libremente la prueba es necesario que haya existido actividad probatoria, y las presunciones deben partir de hecho probados. Y en ese caso la sentencia recurrida no ha fundado su decisión exclusivamente en la valoración de las pruebas aportadas, sino que i) ha incorporado *inputs* probatorios manifiestamente irrelevantes y ii) ha prescindido de las pruebas aportadas (al rechazar las periciales de ambas partes) y ha creado en su lugar su propio discurso probatorio.

**2.- Resolución de la Sala.** Procede la desestimación de estos tres motivos por las razones que exponemos a continuación.

La *carga de la prueba* no tiene por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar o cómo deben probarse ciertos hechos, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes. La prohibición de una sentencia con falta de pronunciamiento que se establece en los arts. 11.3º LOPJ y 1.7º CC, al prever el deber inexcusable de los jueces y tribunales de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, hace que en caso de incertidumbre a la hora de dictar sentencia, por no estar suficientemente probados ciertos extremos relevantes en el proceso, deban establecerse reglas relativas a qué parte ha de verse perjudicada por esa falta de prueba.

Esa es la razón por la que el precepto que la regula, el art. 217 LEC, no se encuentra entre las disposiciones generales en materia de prueba (arts. 281 a 298), sino entre las normas relativas a la sentencia, pues es en ese momento procesal cuando han de tener virtualidad las reglas de la carga de la prueba, al decidir a quién ha de perjudicar la falta de prueba de determinados extremos relevantes en el proceso.

Solo se infringe el mencionado art. 217 LEC si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía la carga de la prueba según las reglas establecidas en el art.



217 LEC y desarrolladas por la jurisprudencia (por todas, sentencias 244/2013, de 18 de abril, y 484/2018, de 11 de septiembre).

Es contradictorio, y por eso resulta inadmisibile, que al mismo tiempo se denuncie error en la valoración de la prueba (como se hace en un motivo que analizaremos a continuación) e infracción de la carga de la prueba, puesto que las reglas de la carga de la prueba previstas en el art. 217 LEC son aplicables justamente en ausencia de prueba suficiente, no cuando se ha decidido sobre la base de una determinada valoración de la prueba (sentencias 12/2017, de 13 de enero; y 484/2018, de 11 de septiembre).

En cualquier caso, como trataremos más en extenso al resolver el recurso de casación en lo relativo a la facultad judicial de estimación del daño, el problema que se ha planteado en el litigio no es de insuficiencia probatoria absoluta y por ello la Audiencia Provincial no ha infringido las reglas de la carga de la prueba. En realidad, se trata de valorar la suficiencia de la prueba practicada por el demandante para decidir si la imposibilidad práctica de evaluar el perjuicio se debe a la inactividad de la parte demandante, lo que plantea un problema de valoración, más jurídica que fáctica, sobre la existencia y cuantificación del daño.

Por otra parte, no consideramos correcto afirmar, como hace el recurrente, que la sentencia recurrida ha hecho recaer en la parte demandada la falta de prueba sobre la existencia y la cuantificación del daño. Lo que hace la Audiencia Provincial, mediante el uso de las presunciones judiciales y de sus facultades de estimación judicial del daño, a las que nos referiremos al resolver el recurso de casación, es llegar a una conclusión que no tiene que ver con la carga de la prueba.

**3.-** En relación con la *prueba de presunciones*, lo que se somete a control mediante el recurso extraordinario por infracción procesal es la sumisión a la lógica de la operación deductiva, teniendo en cuenta que queda reservada a la instancia la opción discrecional entre diversos resultados posibles, sin que pueda confundirse la "deducción ilógica" con la "deducción alternativa propuesta por la parte" (por todas, sentencia 208/2019, de 5 de abril, ECLI:ES:TS:2019:2103 y las que en ella se citan).

Como recuerda la sentencia 366/2022, de 4 de mayo, las presunciones judiciales del art. 386 LEC no suponen una inversión de la carga de la prueba, ni entran en contradicción con las normas que atribuyen las consecuencias de la falta de prueba. Lo que comportan y determinan esas presunciones es la aplicación de la regla de la dispensa de prueba del hecho presunto por la certeza que alcanza el tribunal sobre ese hecho, a la vista del hecho admitido o probado y del enlace preciso y directo entre uno y otro, según las reglas de la sana crítica.

Sobre estas bases, cabe advertir lo siguiente: que en este caso, por razones temporales, no resulte de aplicación la presunción *iuris tantum* de daño que establece el art. 17.2 de la Directiva y el art. 76.3 LDC que lo traspone ("se presumirá que las infracciones calificadas como **cártel** causan daños y perjuicios, salvo prueba en contrario"), no impide la aplicación de la presunción judicial de daño si se cumplen los requisitos del art. 386 LEC. De tal manera que, sin perjuicio de lo que resolveremos al tratar el recurso de casación, no puede considerarse que la Audiencia Provincial haya infringido dicho precepto si a partir de una serie de hechos, entre los que se encuentra el que se desprende de una interpretación de la Decisión que permite afirmar que hubo acuerdo colusorio sobre fijación de precios (hecho base), deduce racionalmente que debió haber un daño económico como contrapartida al beneficio obtenido por los cartelistas.

En este caso, el acierto o desacierto de dicha conclusión excede de lo meramente procesal, al entrañar una valoración jurídica, lo que nos conduce a tratar esta cuestión de forma global en el recurso de casación.

#### **CUARTO.-** Motivo quinto: defecto de motivación

**1.- Planteamiento.** El motivo quinto se formula al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC y denuncia la infracción del art. 218.2 LEC en relación con la motivación.

En el desarrollo del motivo se denuncia que las conclusiones a las que llega la sentencia recurrida son irracionales y no satisfacen la carga de la motivación debida conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. Además, en relación con la cuantificación del daño, la sentencia recurrida no aporta unas conclusiones válidas, aun en términos de probabilidad, sino que ha elegido una cifra de sobreprecio como podía haber optado por otra o por ninguna.

En este sentido, advierte que "los factores que han sido valorados para justificar la solución final no sólo no tienen nada que ver con la doctrina del daño *ex re ipsa*, sino que de hecho son contrarios a la fijación del daño por medio del porcentaje elegido o de cualquier otro, haciendo que la sentencia resulte irracionalmente motivada en la argumentación que conduce al resultado final y discrecionalmente sustentada en la arbitrariedad judicial cuando propone que, a pesar de sus discrepancias metodológicas, va a mantener la condena al 5% del precio de adquisición del vehículo como daño de sobreprecio".



**2.- Resolución de la Sala.** Procede la desestimación del motivo por las razones que exponemos a continuación.

El deber de motivación al que se refiere el art. 218.2 LEC requiere, en primer lugar, que la resolución contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y, en segundo lugar, que la motivación esté fundada en Derecho ( SSTC 147/1999, de 4 de agosto; y 118/2006, de 24 de abril). Esto último que no queda cumplido con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento jurídico y no fruto de la arbitrariedad (por todas, STC 146/2005, de 6 de junio).

Es decir, debe garantizarse que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, porque tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, pues la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia ( SSTC 25/2000, de 31 de enero; 221/2001, de 31 de octubre; y 8/2005, de 17 de enero).

**3.-** El Tribunal Constitucional tiene declarado que una resolución judicial puede tacharse de arbitraria cuando, aun constatada la existencia formal de una argumentación, la misma no es expresión de la administración de justicia sino simple apariencia de tal, por ser fruto de un mero voluntarismo judicial o expresar un proceso deductivo irracional o absurdo ( SSTC 148/1994, de 12 de mayo; y 160/1997, de 2 de octubre, entre otras muchas). En palabras de la STC 164/2002, de 17 de septiembre:

"La validez de un razonamiento desde el plano puramente lógico es independiente de la verdad o falsedad de sus premisas y de su conclusión pues, en lógica, la noción fundamental es la coherencia y no la verdad de hecho, al no ocuparse esta rama del pensamiento de verdades materiales, sino de las relaciones formales existentes entre ellas. Ahora bien, dado que es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro este Tribunal ha unido a la exigencia de coherencia formal del razonamiento la exigencia de que el mismo, desde la perspectiva jurídica, no pueda ser tachado de irrazonable. A tal efecto, es preciso señalar, como lo ha hecho este Tribunal, que no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones judiciales que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas".

**4.-** En este caso, no cabe hablar de una motivación arbitraria en la cuantificación del sobreprecio. Una vez que la Audiencia ha declarado previamente que necesariamente ha existido un daño y que los informes periciales aportados por las partes no son idóneos para realizar la cuantificación, acude a una estimación judicial sobre la base de unas consideraciones que enuncia a continuación. Se puede no estar de acuerdo con lo resuelto y las razones que llevaron al tribunal a hacerlo, que son objeto de impugnación mediante el recurso de casación, pero no cabe negar la motivación ni considerarla irracional o arbitraria.

El uso de las facultades de estimación judicial por el tribunal de apelación, en un caso como el presente de gravísimas dificultades para la cuantificación del daño por otras vías, no constituye arbitrariedad sino arbitrio judicial si, como sucede, se explicita y razona cómo se llega a dicha solución estimativa. En todo caso, implica un uso de la discrecionalidad judicial en cuanto al margen de decisión sobre la determinación de la indemnización que podrá ser combatida en el recurso de casación, pero que es ajena a la infracción procesal.

### **Recurso de casación**

**QUINTO.-** *Motivo primero: legitimación pasiva de CNH*

**1.- Planteamiento.** El *motivo primero* denuncia la infracción del artículo 1137 del Código Civil y la jurisprudencia relativa a la responsabilidad solidaria impropia, al estimar la sentencia recurrida la legitimación pasiva de CNH.

En el desarrollo del motivo se aduce que la Decisión en el punto 97 (d) declara que CNH sólo es responsable de la conducta durante un periodo de 18 días (del 1 al 18 de enero de 2011). Añade que la Decisión deja claro que CNH no participó nunca en la conducta, su responsabilidad deriva exclusivamente del hecho de ser sociedad matriz de Iveco SpA y de Iveco Magirus en ese cortísimo periodo de tiempo. Es un principio básico de nuestro ordenamiento jurídico que la responsabilidad solidaria únicamente es exigible a aquellos sujetos que hayan coincidido en el tiempo con los demás sujetos responsables directos del daño sobre el que se sustenta la responsabilidad solidaria. En este sentido argumenta más adelante:

"CNH no es declarada responsable por haber adquirido el negocio de otra o haberla sucedido, sino por ser sociedad matriz a partir de un momento dado. Tal y como consta en la nota al pie de página 14 de la Decisión, en el año 2011 la entidad Fiat SpA (entidad no destinataria de la Decisión) se escindió en dos sociedades que, tras diferentes operaciones societarias, continuaron como CNH y Fiat Chrysler Automobiles NV (ambas dos



destinatarias de la Decisión). La responsabilidad de CNH no deriva de ser la sucesora de Fiat SpA, sino de su condición de matriz de Iveco SpA e Iveco Magirus por el periodo comprendido entre el 1 y el 18 de enero de 2011".

El recurso entiende que conforme a la Decisión de la Comisión, que vincula a los tribunales españoles, CNHI no era responsable de las conductas sancionadas como contrarias a la competencia realizadas al tiempo en que el demandante compró su **camión**. Y razona, a continuación:

"para que la responsabilidad solidaria (...) tenga lugar es preciso que conste que el agente afectado estaba incluido en el grupo de en el momento relevante (en nuestro caso, la venta del **camión** objeto de reclamación).

"Y aquí CNHI no puede estar en el supuesto de la responsabilidad solidaria porque ha probado positivamente, y es un hecho no desconocido por nadie, que en el momento en que se vendió el vehículo de referencia (2004) no participó ni era responsable de la conducta. No puede quedar incertidumbre alguna que CNHI no formaba parte de la conducta en el momento relevante ni era responsable parentalmente de ella".

**2.- Resolución de la Sala.** Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

Como reseña la nota al pie de página 14 de la Decisión, CNHI ha sucedido a Fiat SpA, tras una serie de modificaciones estructurales, a comienzos del año 2011: en 2011, Fiat S.p.A. se escindió en dos sociedades distintas, y tras sucesivas fusiones, dichas sociedades continuaron existiendo con la denominación de CNH Industrial N.V. y Fiat Chrysler Automobiles N.V., respectivamente.

El apartado 97 de la Decisión, cuando explica la razón de incluir a CNHI entre las destinatarias de la Decisión durante el periodo de tiempo comprendido entre el 1 y el 18 de enero de 2011, resalta su condición de sociedad matriz de Iveco SpA e Iveco Magirus AG y la "influencia decisiva que ejerció sobre ellas".

Está claro que CNHI podría ser demandada como responsable solidario por los daños ocasionados durante el tiempo en que participó en el **cártel** del 1 al 18 de enero de 2011. Pero también podría responder como sucesora de otra sociedad anterior, desaparecida como consecuencia de las modificaciones estructurales que alumbraron CNHI, en concreto como sucesora de Fiat SpA, por la responsabilidad en que hubiera podido incurrir esta última durante el tiempo en que existió, en relación con el **cártel** declarado y sancionado por la Decisión.

**3.-** Es cierto que Fiat, SpA no aparece como destinataria de la Decisión, pero también lo es que, como se desprende de su mención en el considerando 35 de la Decisión, como solicitante, junto con Iveco SpA y "la totalidad de sus filiales directas e indirectas", de una dispensa del pago de multas de conformidad con lo dispuesto en el apartado 14 de la Comunicación de Clemencia y, subsidiariamente, la reducción de su importe", podría considerársela parte de la unidad económica del grupo Iveco que participó en el **cártel**, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, y por lo tanto responsable de los daños ocasionados.

En concreto la sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2021 (asunto C-882/19, *Sumal* EU:C:2021:800), en su apartado 48, ha declarado que "en el marco de una acción de resarcimiento por daños y perjuicios basada en la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE, apartado 1, constatada por la Comisión en una decisión, una entidad jurídica que no haya sido designada en dicha decisión como autora de una infracción del Derecho de la competencia puede, no obstante, ser considerada responsable sobre este fundamento debido al comportamiento infractor de otra entidad jurídica si esas dos personas jurídicas forman parte de la misma unidad económica y constituyen, en consecuencia, una empresa, que es la autora de la infracción en el sentido de dicho artículo 101 TFUE".

De tal forma que si existiera todavía Fiat SpA, el demandante hubiera podido dirigir frente ella su reclamación de daños sufridos como consecuencia del **cártel** en que dicha entidad participó. Y al haber desaparecido Fiat SpA, CNHI respondería como su sucesora por los actos realizados con anterioridad a la 2011. En este caso, por los daños ocasionados con la venta de un **camión** en España al demandante, en julio de 2004.

Esta responsabilidad de CNHI, como sucesora de Fiat SpA, viene amparada por la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 2019 (asunto C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204), que en su apartado 38b declara:

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



Comisión, C-448/11 P, no publicada, EU:C:2013:801, apartado 22, y de 18 de diciembre de 2014, Comisión/ Parker Hannifin Manufacturing y Parker-Hannifin, C-434/13 P, EU:C:2014:2456, apartado 40)".

**SEXTO.-** *Motivo segundo: sobre la acreditación del daño y la estimación judicial*

1.- *Planteamiento.* El *motivo segundo* denuncia la infracción, por incorrecta aplicación, de la doctrina jurisprudencial sobre el daño *ex re ipsa*.

En el desarrollo del motivo denuncia que la sentencia recurrida haya deducido el daño mediante una serie que juicios de valor que presenta como inferencias lógicas, pero que carecen de lógica, y se remite al segundo motivo de infracción procesal.

A continuación, analiza lo que considera ha sido una incorrecta aplicación de la doctrina *ex re ipsa* en la sentencia recurrida. Entiende que bajo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, contenida en las sentencias 692/2008, de 17 de julio, y 565/2014, de 21 de octubre, la regla *ex re ipsa* se aplica sólo de manera excepcional en aquellos casos en que el daño es incontrovertible, evidente o patente, que es lo que -concluye el recurrente- no ocurre en este caso. Y para ahondar en la improcedencia de la aplicación de esta regla *ex re ipsa* a un caso como este, argumenta que la Decisión de la Comisión sancionó una infracción por objeto, no por efectos, y que puede haber hipótesis plausibles en que un **cártel** no haya causado daños individuales.

2.- *Resolución de la Sala.* Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

El art. 16.1 del Reglamento (CE) 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado, dispone que "cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 y 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. [...]".

Este efecto vinculante de las decisiones de la Comisión sobre acuerdos, decisiones o prácticas infractores de las normas de la competencia ha sido precisado por el TJUE en su sentencia de 6 de noviembre de 2012 (asunto C-199/11, *Otis y otros*):

"50. A este respecto, es cierto que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (sentencia de 14 de septiembre de 2000, *Masterfoods y HB*, C-344/98, Rec. p. I-11369, apartado 52), que actualmente se encuentra codificada en el artículo 16 del Reglamento nº 1/2003, cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas contemplados, entre otros, en el artículo 101 TFUE que ya hayan sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión.

"51. Este principio se aplica asimismo cuando los órganos jurisdiccionales nacionales conocen de una acción de indemnización del daño ocasionado a consecuencia de un acuerdo o una práctica que se han declarado contrarios al artículo 101 TFUE en una decisión de dicha institución.

"52. La aplicación de las normas de la Unión en materia de competencia se basa, pues, en una obligación de cooperación leal entre, por una parte, los órganos jurisdiccionales nacionales y, por otra parte, la Comisión y los órganos jurisdiccionales de la Unión, respectivamente, en el marco de la cual cada uno debe desempeñar la función que le atribuye el Tratado (sentencia *Masterfoods y HB*, antes citada, apartado 56)".

Por tanto, al ejercitarse en este procedimiento una acción *follow-on* de indemnización de los daños y perjuicios eventualmente producidos en el patrimonio del demandante por el **cártel** ya declarado y sancionado por la Decisión de la Comisión, hemos de partir necesariamente del examen del contenido y alcance de esta Decisión.

3.- *Contenido y alcance de la Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016.*

La Decisión de la Comisión, al sancionar una infracción al Derecho de la competencia por objeto, no se ve en la obligación de detallar los concretos efectos ocasionados por las prácticas colusorias sancionadas. Pero eso no impide que la propia Decisión contenga algunas alusiones al respecto.

La demandada niega que en este caso el **cártel** haya ocasionado daño al demandante porque no provocó la subida del precio de los **camiones** fabricados por las empresas cartelistas. Y basa esta afirmación en que la conducta sancionada fue un mero intercambio de información, que fue inocuo para los compradores de los **camiones** fabricados por los cartelistas.

El intercambio de información sobre precios ya es considerado por la Comisión como una distorsión de la competencia, causa muy probable de una elevación de precios (apartado 73 de la Comunicación de la Comisión sobre Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 TFUE a los acuerdos de cooperación



horizontal). Pero la Decisión de la Comisión no circunscribe la conducta de las empresas involucradas en el **cártel** a un mero intercambio de información, sino que va más allá de esta conducta.

4.- La parte dispositiva de la Decisión declaró que las unidades empresariales que reseña a continuación habían infringido el art. 101 TFUE y el art. 53 del Acuerdo EEE -durante determinados periodos de tiempo que indica a continuación-, al participar en prácticas colusorias de fijación de precios e incrementos de precios brutos de los **camiones** medios y pesados en el EEE; y en relación con el calendario y la repercusión de los costes de introducción de tecnologías de control de emisiones para **camiones** medios y pesados conforme a las normas EURO 3 a 6:

"By colluding on pricing and gross price increases in the EEA for medium and heavy trucks; and the timing and the passing on of costs for the introduction of emission technologies for medium and heavy trucks required by EURO 3 to 6 standards, the following undertakings infringed Article 101 TFEU and Article 53 of the EEA".

En varios de los considerandos de la Decisión se hace alusión al intercambio de información, no solo sobre precios brutos, sino también sobre otros extremos relevantes para la competencia entre empresas. Pero en otros considerandos se describen expresamente conductas de colusión consistentes en la discusión y adopción de acuerdos sobre la fijación y el incremento de precios, por lo general de los precios brutos y en ocasiones de precios netos. Así ocurre, por ejemplo, en los considerandos 50, 51, 71 y 81, que transcribimos en el idioma de la única versión auténtica:

"(50) These collusive arrangements included agreements and/or concerted practices on pricing and gross price increases in order to align gross prices in the EEA and the timing and the passing on of costs for the introduction of emission technologies required by EURO 3 to 6 standards".

"(51) From 1997 until the end of 2004, the Addressees participated in meetings involving senior managers of all Headquarters (see for example (52)). In these meetings, which took place several times per year, the participants discussed and in some cases also agreed their respective gross price increases. Before the introduction of price lists applicable at a pan-European (EEA) level (see above at (28)), the participants discussed gross price increases, specifying the application within the entire EEA, divided by major markets. During additional bilateral meetings in 1997 and 1998 apart from the regular detailed discussions on future gross price increases, the relevant Addressees exchanged information on harmonising gross price lists for the EEA. Occasionally, the participants, including representatives of the Headquarters of all of the Addressees, also discussed net prices for some countries. They also agreed on the timing of the introduction of, and on the additional charge to be applied to, the emissions technology complying with EURO emissions standards. In addition to agreements on the levels of price increases, the participants regularly informed each other of their planned gross price increases [...]"

"(71) [...] The single anti-competitive economic aim of the collusion between the Addressees was to coordinate each other's gross pricing behaviour and the introduction of certain emission standards in order to remove uncertainty regarding the behaviour of the respective Addressees and ultimately the reaction of customers on the market. The collusive practices followed a single economic aim, namely the distortion of independent price setting and the normal movement of prices for Trucks in the EEA".

"(81) The anti-competitive behaviour described in paragraphs (49) to (60) above has the object of restricting competition in the EEA-wide market. The conduct is characterised by the coordination between Addressees, which were competitors, of gross prices, directly and through the exchange of planned gross price increases, the limitation and the timing of the introduction of technology complying with new emission standards and sharing other commercially sensitive information such as their order intake and delivery times. Price being one of the main instruments of competition, the various arrangements and mechanisms adopted by the Addressees were ultimately aimed at restricting price competition within the meaning of Article 101(1) of the TFEU and Article 53(1) of the EEA Agreement".

Así se explica que en la parte dispositiva de la Decisión se declare la existencia de colusión en la fijación de precios e incrementos de precios brutos en el Espacio Económico Europeo (EEE) de **camiones** medianos y pesados y en el calendario, y no simplemente un intercambio de información.

También es muy significativo que el resumen de la Decisión que la propia Comisión Europea publicó en español afirme que "[l]a infracción consistió en acuerdos colusorios sobre la fijación de precios y los incrementos de los precios brutos de los **camiones** en el EEE" y no en un mero intercambio de información.

5.- Este entendimiento sobre la conducta sancionada por la Decisión coincide con el declarado por el TJUE cuando ha tenido que aplicar la Decisión. En el apartado 16 de la sentencia de 22 de junio de 2022 (asunto C-267/20, ECLI: EU:C:2022:494), el TJUE declara:

"Mediante dicha Decisión, la Comisión declaró que varios fabricantes de **camiones**, entre los que se encuentran Volvo y DAF Trucks, infringieron el artículo 101 TFUE y el artículo 53 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992 (DO 1994, L 1, p. 3), al pactar, por un lado, la fijación de precios y los incrementos de los precios brutos de los **camiones** con un peso de entre 6 y 16 toneladas, esto es, **camiones** medios, o con un peso superior a 16 toneladas, es decir, **camiones** pesados, en el Espacio Económico Europeo y, por otro lado, el calendario y la repercusión de los costes para la introducción de las tecnologías de emisiones exigida por las normas Euro 3 a Euro 6 [...]."

Y el apartado 21 de la STJUE de 16 de febrero de 2023 (asunto C-312/21, ECLI: EU:C:2023:99), se pronuncia en términos muy parecidos:

"[...] conclusión de acuerdos colusorios sobre la fijación de precios y los incrementos de los precios brutos de los **camiones** medios y pesados en el Espacio Económico Europeo [...]."

**6.- Existencia del daño y de la relación de causalidad.** Las recurrentes afirman que la sentencia de la Audiencia Provincial hace una presunción del daño y de la relación de causalidad basada en el art. 386 LEC y en el acervo jurisprudencial existente antes de la transposición de la Directiva, que en realidad supone una aplicación indebida del art. 17.2 de la Directiva, inaplicable a este litigio por razones temporales.

También argumentan que, para presumir la existencia del daño, la sentencia recurrida no parte de los hechos probados sino de estadísticas. Alegan que no es correcto afirmar que la Decisión declare que el **cártel** tuvo efectos sobre los precios porque se trató de una infracción por objeto, no por efectos.

Y, por último, las recurrentes cuestionan la aplicación de la doctrina *ex re ipsa* para afirmar la existencia del daño, pues hay múltiples combinaciones e hipótesis plausibles de las que resulta que un **cártel** no ha provocado daños individuales, ya en general, ya respecto de un demandante determinado, y alegan los siguientes ejemplos:

"[...] que la conducta no fuera realmente un **cártel** de fijación de precios; que circunstancias exteriores al **cártel** hicieran imposible un hipotético incremento de precios en el mercado por encima de un determinado nivel que habría sido el mismo en todo caso; que la información intercambiada sobre precios fuera inservible para influir en la política real de precios netos dada la imposibilidad de predecir los cambiantes y grandes descuentos o negociaciones individuales con los clientes sobre la base de diferentes condiciones comerciales, o por tratarse de un producto tan heterogéneo que no puede anticiparse su composición final; que el operador en cuestión hubiera adquirido el **camión** a un precio inferior al supuesto precio que derivaría de la conducta, merced a las relaciones que mantenía con el vendedor o a su especial poder de demanda; que los partícipes en una conducta hubieran pactado precios inferiores a los que el mercado habría producido; sencillamente, que los participantes en la conducta no modificaran sus precios a la luz de la información intercambiada; y muchos etcéteras que hacen imposible decir que, *prima facie*, una conducta anticompetitiva produce daños *ex re ipsa*".

**7.-** En primer lugar, hemos de precisar que la sentencia de la Audiencia Provincial no aplica el art. 17.2 de la Directiva, que ha sido traspuesto en el art. 76.3 LDC. Este precepto no es aplicable en este litigio por razones temporales, al preverlo así el art. 22.1 de la Directiva, en la interpretación dada por la STJUE de 22 de junio de 2022 (asunto C-267/20, ECLI: EU:C:2022:494), en sus apartados 90 y siguientes y en su parte dispositiva, y el apartado primero de la disposición transitoria primera del Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, que la traspuso al Derecho interno.

La sentencia recurrida no declara que, por el simple hecho de tratarse de un **cártel**, debe presumirse que ha causado daños, en concreto un incremento ilícito del precio de los **camiones** afectados por el **cártel**. Fueron las concretas y significativas características de este **cártel** las que permitieron a la Audiencia Provincial presumir la existencia del daño.

Entre estas características pueden destacarse: la extensa duración del **cártel**, que se prolongó durante 14 años; en él estuvieron implicados los mayores fabricantes de **camiones** del EEE, con una cuota de mercado de aproximadamente el 90%; y su objeto fue la discusión y adopción de acuerdos sobre, entre otros extremos, la fijación de precios y el incremento de precios brutos. Como señala la Guía práctica de la Comisión "es probable que, por regla general, los **cárteles** den lugar a costes excesivos y que cuanto más duradero y sostenible ha sido el **cártel**, más difícil le resultaría a un demandado alegar que no había habido un impacto negativo sobre los precios en un caso concreto" (apartado 145). En este caso, se suma a la prolongada duración del **cártel** su amplia extensión geográfica y la elevada cuota de mercado afectada, lo que incrementa todavía más la dificultad de negar la existencia de un impacto negativo sobre los precios del caso concreto y correlativamente, hace más plausible y fundada la afirmación de su existencia.

**8.-** Los hechos de los que parte el tribunal de apelación para presumir la existencia del daño y de la relación de causalidad son los hechos constatados en la Decisión. Las estadísticas, en tanto que relacionadas con las



máximas de experiencia, han servido para establecer el enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre esos hechos probados, en tanto que fijados en la Decisión, y el hecho presumido: que el **cártel** provocó el incremento del precio de los **camiones** objeto de los acuerdos colusorios.

**9.-** No es óbice que la Decisión sancione el **cártel** como una restricción de la competencia por objeto, y no por efectos.

Efectivamente, la Comisión no consideró necesario entrar a valorar los efectos reales del **cártel** por tratarse de un acuerdo que tenía por objeto la evitación, restricción o distorsión de la competencia en el mercado interior (en este sentido, apartados 80 y 82 de la Decisión), sin que el apartado 85 suponga una descripción de los efectos del **cártel** sino simplemente la justificación de la aplicabilidad del art. 101 TFUE y 53 del Acuerdo sobre el EEE, y no de la norma de Derecho nacional de la competencia, así como la competencia de la Comisión Europea, y no de las autoridades nacionales de la competencia, para sancionar la conducta anticompetitiva.

El apartado 21 de la Comunicación de la Comisión -Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (Texto pertinente a efectos del EEE)- declara:

"Se entiende por restricciones de la competencia por objeto aquéllas que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia. Se trata de restricciones que, dados los objetivos de las normas comunitarias de competencia, presentan un potencial tan elevado de efectos negativos para la competencia que no es necesario aplicar el apartado 1 del artículo 81 para demostrar cualquier efecto real en el mercado. Dicha presunción se basa en la gravedad intrínseca de la restricción y en la experiencia, que demuestra que las restricciones de la competencia que lo sean por su objeto pueden surtir efectos negativos para el mercado y poner en peligro los objetivos de las normas comunitarias de competencia. Las restricciones por objeto, tales como la fijación de precios y el reparto de mercados, reducen la producción y aumentan los precios, lo que redundaría en una mala asignación de recursos, pues no se producen los bienes y servicios que demandan los clientes. Suponen asimismo una reducción del bienestar de los consumidores, quienes se ven obligados a pagar precios más elevados por dichos bienes y servicios".

En consecuencia, no cabe apreciar que la Audiencia Provincial haya incurrido en ninguna infracción del art. 16.1, del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, por el que se establece el principio de vinculación de las Decisiones dictadas por la Comisión Europea y la interdicción de resoluciones judiciales de los órganos judiciales nacionales que resulten incompatibles con aquellas, por el hecho de haber concluido que la conducta sancionada por la Decisión sí tuvo efectos sobre los precios de transacción.

**10.-** Asimismo, las "hipótesis plausibles" que se esgrimen por las recurrentes para cuestionar que el **cártel** haya producido efectos, no son admisibles. 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).

**11.-** Otra razón que las recurrentes esgrimen para impugnar la conclusión de la sentencia recurrida de que el **cártel** produjo un daño consistente en la elevación artificial del precio de los **camiones** es la existencia en ese sector de descuentos en el precio final pagado por los adquirentes de los **camiones**.

Este argumento no podemos aceptarlo. 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 hubiera resultado de una concurrencia no distorsionada por el **cártel**, el precio final también será más elevado.

Es lo que la sentencia del Tribunal de Distrito de Ámsterdam de 12 de mayo de 2021 ha denominado gráficamente el "efecto marea": es como si la marea levantara todos los barcos. Cada uno de los barcos puede seguir subiendo y bajando con las olas, pero incluso el barco más bajo está en un nivel más alto y eso son los precios más altos que pagan los compradores de **camiones**.

No se entiende por qué los escalones intermedios del mercado (las filiales nacionales encargadas de la distribución y los concesionarios, ya fueran independientes o dependientes de los fabricantes) habrían absorbido en sus márgenes comerciales durante 14 años los aumentos de precios brutos provocados por la conducta ilícita de los fabricantes evitando de este modo su repercusión en los compradores finales.



12.- Por último, 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. Aunque esta heterogeneidad hipotéticamente pudiera dificultar la eficiencia de los acuerdos colusorios, no excluiría la producción de daños.

13.- Como conclusión de lo expuesto, aunque sea discutible que pueda calificarse como aplicación de la doctrina *ex re ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma), el razonamiento seguido por la Audiencia Provincial ha sido correcto: ha existido una infracción del Derecho de la competencia de enorme gravedad por su duración (14 años), por su extensión espacial (todo el EEE), 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).

Y con base en estos hechos y en la propia racionalidad económica de la existencia de un **cártel** de estas características (con una alta exposición al riesgo de elevadas sanciones, cuya asunción carecería de lógica en ausencia de todo beneficio), aplicando las reglas del raciocinio humano y las máximas de experiencia (reflejadas muchas de ellas en los documentos elaborados por las instituciones de la Unión Europea, como es el caso de la Guía práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los arts. 101 o 102 TFUE), puede presumirse que la infracción ha producido un daño en los compradores de los productos afectados por el **cártel**, consistente en que han pagado un precio superior al que hubieran pagado si el **cártel** no hubiera existido.

Esta presunción de existencia del daño, fundada en el art. 386 LEC, no es una presunción legal, y tampoco es *iuris et de iure*, por lo que admitiría prueba en contrario. Conforme al apartado 3 de este precepto, "frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior". El art. 385.2 LEC, aplicable por vía de remisión, admite que la prueba en contrario pueda dirigirse "tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción". En el caso de la litis, según resulta de la valoración hecha en la instancia (incólume tras la desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal), el informe pericial de la demandada no ha desvirtuado las bases sobre las que se ha fundado la presunción ni su resultado. En consecuencia, debemos partir del hecho presunto (existencia del daño) como hecho cierto.

14.- *La estimación del daño.* Para valorar el alcance del daño producido por el **cártel** (el sobreprecio pagado por el comprador final del **camión**) y fijar la indemnización adecuada, es relevante estimar lo que habría ocurrido de no haberse producido la práctica restrictiva de la competencia, lo que supone recrear un escenario hipotético (hipótesis contrafactual).

Esta estimación sirve para determinar cuál habría sido el precio del **camión** en un escenario no cartelizado, cuya comparación con el precio efectivamente pagado daría como resultado el importe del sobreprecio causado por el **cártel**.

15.- En la sentencia 651/2013, de 7 de noviembre (ECLI:ES:TS:2013:5819), sobre el **cártel** del azúcar, hicimos referencia a la imposibilidad de realizar una reproducción perfecta de cuál hubiera sido la situación si no se hubiera producido la conducta ilícita. Esta dificultad es un problema común a todas las valoraciones de daños y perjuicios que consisten en proyecciones de lo que habría sucedido si la conducta ilícita no hubiera tenido lugar. Así sucede, por ejemplo, en el caso del lucro cesante derivado de un ilícito. Como declaramos en la sentencia 913/2021, de 23 de diciembre, "la existencia y cuantía del lucro cesante no deja de ser una hipótesis precisada de una demostración adaptada a su naturaleza de probabilidad más o menos intensa de acuerdo con las reglas de la experiencia teniendo en cuenta lo que normalmente habría sucedido en la mayoría de los casos (*id quod plerumque accidit*)".

En la sentencia 651/2013, de 7 de noviembre, al aplicar la normativa anterior a la trasposición de la Directiva, afirmamos que esta dificultad no debe impedir que las víctimas reciban un importe de indemnización adecuado por el perjuicio sufrido sino que justifica una mayor amplitud del poder de los jueces para estimar el perjuicio y que el hecho de 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.

Por tanto, la facultad del juez de fijar la indemnización del daño producido por la conducta infractora del Derecho de la competencia mediante una estimación ya estaba reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como consecuencia necesaria del principio de indemnidad del perjudicado propio del art. 1902 CC y del art.



101 TFUE, antes incluso de la entrada en vigor de la Directiva y de la trasposición al Derecho interno del art. 17.1 de dicha Directiva.

**16.-** La preocupación por las dificultades que presenta la cuantificación del daño ocasionado por las conductas infractoras del Derecho de la competencia, que pueden ser un obstáculo significativo para el resarcimiento de tales daños y la consecuente eficacia del derecho de los perjudicados al resarcimiento de esos daños, aparece en 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 TFUE y la Guía práctica que le acompañaba, y se reflejó también en los considerandos de la Directiva (por ejemplo, apartados 45 y 46).

**17.-** La atribución al juez de facultades de estimación de la cuantificación del daño causado por la conducta infractora de la competencia permite superar algunas dificultades propias de la valoración del daño en este campo. El apartado 82 de la STJUE de 22 de junio de 2022 (asunto C-267/20, ECLI: EU:C:2022:494), al justificar la atribución al juez de estas facultades estimativas en el art. 17.1 de la Directiva, declaró que dicha norma tenía por objeto "flexibilizar el nivel de prueba exigido para determinar el importe del perjuicio sufrido y subsanar la asimetría de información existente en detrimento de la parte demandante afectada, así como las dificultades derivadas del hecho de que la cuantificación del perjuicio sufrido requiere evaluar cómo habría evolucionado el mercado de referencia si no se hubiera producido la infracción".

La posterior sentencia del TJUE de 16 de febrero de 2023 (asunto C-312/21, ECLI: EU:C:2023:99), en su apartado 53, ha ceñido la aplicación de las facultades de estimación del juez en este campo a "situaciones en que, una vez acreditada la existencia de ese perjuicio respecto de la parte demandante, sea prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlo".

En esta última sentencia, el TJUE afirma que "en el supuesto de que la imposibilidad práctica de evaluar el perjuicio se deba a la inactividad de la parte demandante, no corresponderá al juez nacional sustituir a esta parte ni suplir su falta de acción" (apartado 57).

**18.-** En el presente caso, como ya se ha expresado, hay prueba suficiente de que el **cártel** causó daños, consistentes fundamentalmente en que los compradores de los **camiones** pagaron un sobreprecio derivado de la artificial elevación de los precios provocada por el **cártel**. Sin embargo, no hay prueba suficiente de cuál ha sido el importe del sobreprecio porque los tribunales de instancia han considerado que ese extremo no ha quedado probado por el informe pericial presentado por el perjudicado, que estiman inidóneo para realizar esta cuantificación.

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.

**19.-** Es cierto que la citada STJUE de 16 de febrero de 2023 hace referencia a la facultad que el art. 5.1 de la Directiva, traspuesto al Derecho interno en los arts. 283.bis.a) y ss. LEC, otorga al demandante de solicitar la exhibición de pruebas por el demandado y por terceros, fundamentalmente de documentos. Pero tal referencia ha de entenderse en el contexto de una cuestión prejudicial en la que, como dato relevante, se exponía que se había realizado tal exhibición de pruebas (que no había conseguido aportar ningún dato relevante para la cuantificación del daño), y no como indicación de que ese fuera el único medio que tiene el demandante para demostrar que no ha sido pasivo en la prueba del importe del daño.

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. Por tanto, esa referencia que hace la citada sentencia del TJUE a la solicitud de exhibición de pruebas no supone que, de no haberse formulado tal solicitud, necesariamente la falta de prueba sobre el importe del daño sea atribuible a la inactividad del demandante.

Y, en cualquier caso, para este juicio sobre la suficiencia del esfuerzo probatorio hemos de situarnos en el momento en que se presentó la demanda, para no caer en un sesgo retrospectivo.

**20.-** En un caso como el presente, no consideramos que pueda apreciarse una inactividad probatoria del demandante que hiciera improcedente la estimación que los tribunales de instancia han hecho del daño, porque no conste que el demandante, que reclama el daño consistente en el sobreprecio en la compra de un vehículo, haya acudido a los mecanismos de acceso a las fuentes de prueba para que un perito pudiera realizar un informe basado en una realidad más próxima a la adquisición de su **camión**.



El demandante presentó un informe pericial basado en estudios académicos y estadísticos, que empleaba como soporte en gran medida el denominado estudio Oxera de 2009, encargado por la Comisión Europea. El tribunal de apelación, como muchas otras Audiencias, ha desechado este informe porque los estudios de investigación en los que se basaba habían sido realizados con una finalidad ajena a la concreta cuantificación de un daño, sin que sus conclusiones puedan extrapolarse sin más a cualquier caso (al margen de las características del **cártel** y de los productos afectados) por remisión a una media ponderada.

Obviamente, el presente caso se sitúa dentro de la primera oleada de reclamaciones judiciales por este **cártel** en España, cuando todavía no se habían generalizado estas valoraciones judiciales que negaban eficacia de los métodos estadísticos para valorar concretos daños causados en la adquisición de un vehículo afectado por el **cártel**.

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.

**21.-** Por eso, que la sentencia recurrida considere inadecuado el método empleado para la cuantificación del sobrecoste y, por tanto, haya rechazado sus conclusiones, no supone, sin más, la inactividad del demandante. Sobre todo si tenemos en cuenta que, a las dificultades propias de la cuantificación del daño en asuntos de competencia a que hacían referencia los apartados 17 y 123 de la citada Guía práctica, se suman las derivadas de las especiales características del **cártel** de los **camiones**.

Así, la extensa duración del **cártel**, que se inició en el año 1997 y se prolongó durante al menos 14 años, dificulta seriamente realizar un análisis diacrónico. El ámbito geográfico del **cártel**, que afectó a todo el EEE, y la singularidad de los productos afectados, hacen en la práctica muy difícil realizar un análisis sincrónico de comparación con otros mercados geográficos (pues las circunstancias concurrentes en otros ámbitos geográficos son muy diferentes) o con otros productos, que no son aptos para realizar la comparación. Y esas mismas características del **cártel** también dificultan mucho aplicar con éxito otros métodos de cuantificación de daños, como los basados en costes y análisis financieros.

En este contexto, las propias características de este **cártel** contribuyen a considerar que, en este caso, la falta de idoneidad del informe presentado por el demandante para cuantificar el sobreprecio no supone una inactividad que impida la estimación judicial. Se trata de un **cártel** de 14 años de duración, que abarcaba todo el EEE y en el que los participantes en el **cártel** eran los mayores fabricantes europeos con una cuota de mercado de aproximadamente el 90%; con documentos redactados en varios idiomas distintos del propio del demandante; con una solicitud de clemencia y una transacción que obstaculizan aún más la obtención de los documentos relevantes ( art. 283.bis.i. 6 LEC). Estas características del **cártel** y la propia dificultad 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).

Sin que además podamos obviar la desproporción que se advierte fácilmente, en un caso como este (en que un camionero reclama por el sobreprecio pagado por la compra de un **camión**), entre el interés litigioso y el coste que podría generarle la práctica de las diligencias necesarias para acceder a la documentación que pudiera ser relevante en ese caso concreto y la elaboración del posterior informe pericial. Desproporción que convertiría en claramente antieconómica la reclamación judicial del demandante.

En este sentido, el apartado 124 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 considera relevante los costes y el tiempo que exige la consecución de estos datos y su proporcionalidad en relación con el valor de los daños y perjuicios que se reclaman. Se afirma en este apartado de la Guía Práctica:

"Los costes y la carga para una parte perjudicada y su proporcionalidad pueden ser particularmente relevantes habida cuenta del principio de efectividad".

También es relevante que en aquel momento existía un consenso general sobre la duración del plazo de ejercicio de la acción (un año, con base en el art. 1968.2 del Código Civil, contado desde la publicación del resumen de la Decisión en el DOUE), que dejaba poco margen para la realización de informes periciales más elaborados.

**22.-** Esta valoración viene avalada por la interpretación sistemática y teleológica del art. 101.1 TFUE y la necesidad de garantizar su plena eficacia y del efecto útil, por la que los órganos jurisdiccionales nacionales también deben velar, según resulta de la jurisprudencia reiterada del TJUE. Como afirmó la STJUE de 12 de noviembre de 2019 (asunto C-435/18, *Otis y otros*, ECLI: EU:C:2019:1069):



"21 [...] el artículo 101 TFUE, apartado 1, tiene efecto directo en las relaciones entre particulares y crea derechos en favor de los justiciables que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar ( sentencias de 20 de septiembre de 2001, *Courage y Crehan*, C-453/99, EU:C:2001:465, apartado 23, y de 14 de marzo de 2019, *Skanska Industrial Solutions* y otros, C-724/17, EU:C:2019:204, apartado 24 y jurisprudencia citada).

"22 La plena eficacia del artículo 101 TFUE y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1 se verían 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 que pueda restringir o falsear el juego de la competencia ( sentencias de 20 de septiembre de 2001, *Courage y Crehan*, C-453/99, EU:C:2001:465, apartado 26, y de 14 de marzo de 2019, *Skanska Industrial Solutions* y otros, C-724/17, EU:C:2019:204, apartado 25 y jurisprudencia citada). [...]

"24 El derecho de cualquier persona a solicitar la reparación de tal daño refuerza, en efecto, la operatividad de las normas de competencia de la Unión y puede desalentar los acuerdos o prácticas, a menudo encubiertos, que puedan restringir o falsear el juego de la competencia, de modo que contribuye al mantenimiento de una competencia efectiva en la Unión Europea ( sentencia de 5 de junio de 2014, *Kone* y otros, C-557/12, EU:C:2014:1317, apartado 23 y jurisprudencia citada)" [...]

"26 Por ello, la normativa de los Estados miembros debe tener en cuenta en particular el objetivo perseguido por el artículo 101 TFUE, que pretende garantizar el mantenimiento de una competencia efectiva y no falseada en el mercado interior y, de este modo, asegurar que los precios se fijan en función del juego de la libre competencia. Para garantizar esta efectividad del Derecho de la Unión el Tribunal de Justicia ha declarado, como se recordó en el apartado 23 de esta sentencia, que las normas nacionales deben reconocer a cualquier persona el derecho a solicitar una reparación del perjuicio sufrido (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de junio de 2014, *Kone* y otros, C-557/12, EU:C:2014:1317, apartado 32 y jurisprudencia citada)".

Y para garantizar el cumplimiento de estos objetivos, el TJUE fija los criterios a que deben atender las normas nacionales relativas al modo de ejercicio del derecho a solicitar la reparación del daño:

"25 A este respecto, y específicamente en el ámbito del Derecho de la competencia, las normas nacionales relativas al modo de ejercicio del derecho a solicitar la reparación del daño resultante de un acuerdo o práctica prohibidos por el artículo 101 TFUE no deben menoscabar la aplicación efectiva de dicha disposición (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de junio de 2014, *Kone* y otros, C-557/12, EU:C:2014:1317, apartado 26 y jurisprudencia citada). [...]

"27 Debe señalarse asimismo que, como destacó también la Abogada General, en síntesis, en el punto 78 de sus conclusiones, tanto la garantía de la plena eficacia y del efecto útil del artículo 101 TFUE como la protección eficaz contra las consecuencias perjudiciales de una infracción del Derecho de la competencia se verían gravemente menoscabadas si la posibilidad de reclamar resarcimiento por los perjuicios causados por un **cártel** se limitara a los proveedores y compradores del mercado afectado por el **cártel**. En efecto, ello privaría inmediata y sistemáticamente a las víctimas potenciales de la posibilidad de reclamar resarcimiento".

Prevenir este riesgo de menoscabo del objetivo de una "protección eficaz contra las consecuencias perjudiciales de una infracción del Derecho de la competencia" resulta particularmente relevante a la vista de la finalidad a que responde esta participación del sector privado en ese objetivo. Participación que, como ha declarado la STJUE de 10 de noviembre de 2022 (asunto C-163/21, *Paccar*, ECLI: EU:C:2022:863), "no solo permite poner remedio al daño directo que la persona en cuestión alega haber sufrido, sino también a los daños indirectos causados a la estructura y al funcionamiento del mercado, que no ha podido desplegar su plena eficacia económica, en particular en beneficio de los consumidores afectados (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2021, *Sumal*, C-882/19 , EU:C:2021:800, apartado 36)" (p.56).

**23.-** Las recurrentes argumentan que la sentencia de esta sala 651/2013, del **cártel** del azúcar, declaró 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".

Pero esa afirmación no se hizo, como pretenden las recurrentes, para establecer un requisito imprescindible para que el perjudicado obtenga una indemnización de los daños provocados por el **cártel**, sino como 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".



En el caso ahora enjuiciado, la Audiencia Provincial no ha aceptado las conclusiones del informe pericial presentado por el demandante, por lo que no ha infringido la citada doctrina jurisprudencial. Pero el hecho de que la Audiencia Provincial no haya aceptado en este caso el informe pericial no supone que haya existido una inactividad probatoria del demandante que impida hacer uso de las facultades estimativas, habida cuenta de las dificultades que las circunstancias concurrentes en el **cártel** suponían para que el demandante pudiera probar el importe del daño.

No deja de ser significativo que incluso en el caso *Royal Mail/British Telecom*, enjuiciado por el *Competition Appeal Tribunal* británico [CAT, Case N° : 1290/5/7/18 (T)], en el que sí hubo un amplio acceso a los documentos de la demandada y a la información reservada del expediente de la Comisión y se aportaron detallados informes periciales elaborados por prestigiosos peritos, no ha sido posible la cuantificación exacta del daño con base en esas pruebas documentales y periciales y el tribunal ha debido recurrir a la estimación del daño, que ha fijado en un 5% del precio de los **camiones**.

**24.-** La conclusión de lo anterior es que la actividad probatoria desplegada por el demandante, en concreto la presentación del informe pericial con la demanda, pese a que dicho informe no resulte convincente, en este caso y a la vista del estado de la cuestión y de la litigación cuando fue presentada la demanda, puede ser considerada suficiente para descartar que la ausencia de prueba suficiente del importe del daño se deba a la inactividad del demandante. Y estando probada la existencia del daño, justifica que el tribunal haya hecho uso de facultades estimativas para fijar la indemnización.

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.

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.

De tal forma que, 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.

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.

**SÉPTIMO.-** *Motivo tercero: comienzo del devengo de los intereses*

**1.- Planteamiento.** El motivo denuncia la infracción del art. 1108 CC, en relación con el art. 1101 CC, y de la jurisprudencia que los interpreta en cuanto se refiere a la fijación del *dies a quo* para el inicio del cómputo del devengo de los intereses legales.

El motivo impugna la decisión de la Audiencia de fijar como fecha de inicio del cómputo de los intereses legales la fecha de adquisición de los vehículos. Argumenta que no procede ningún interés moratorio porque lo impide la regla *in illiquidis non fit mora* y que, en todo caso, de proceder la condena al pago de intereses, tratándose de una acción de indemnización, los intereses deben devengarse desde la fecha de presentación de la demanda y no desde la fecha de la compra del **camión**.

**2.- Resolución de la Sala.** Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

El art. 3 de la Directiva 2014/104/UE establece respecto del derecho al pleno resarcimiento:

"1. Los Estados miembros velarán por que cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia pueda reclamar y obtener pleno resarcimiento de dicho perjuicio.

"2. El pleno resarcimiento deberá devolver a una persona que haya sufrido un perjuicio a la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción del Derecho de la competencia. Por tanto, dicho resarcimiento abarcará el derecho a indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses.



"3. El pleno resarcimiento con arreglo a la presente Directiva no conllevará una sobrecompensación, bien mediante indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo".

Aunque la Directiva no resulte aplicable por razones temporales, su art. 3 confirma una jurisprudencia previa y, por tanto, aplicable a la acción ejercitada, como expresa el apartado 35 de la sentencia del TJUE de 16 de febrero de 2023, asunto C-312/21 (ECLI: EU:C:2023:99):

"Así, al recordar, en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2014/104, la obligación de los Estados miembros de velar por que cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia pueda reclamar y obtener pleno resarcimiento de dicho perjuicio y al definir este concepto, en el artículo 3, apartado 2, de esa Directiva, como el derecho a indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses, el legislador de la Unión quiso confirmar la jurisprudencia existente, como se desprende del considerando 12 de dicha Directiva, de modo que las medidas nacionales de transposición de esas disposiciones se aplican necesariamente con efecto inmediato al conjunto de las acciones por daños que estén comprendidas en el ámbito de aplicación de la misma Directiva, como lo corrobora el artículo 22, apartado 2, de esta".

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. Así, la sentencia del TJUE de 13 de julio de 2006, caso *Manfredi*, asuntos acumulados C-295/04 a 298/04 (ECLI: EU:C:2006:461), apartados 95 y 97, declara

"95 Por otra parte, en virtud del principio de efectividad y del derecho de toda persona a solicitar la reparación del perjuicio causado por un contrato o un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la competencia, los perjudicados no sólo deben poder solicitar reparación del daño emergente, sino también del lucro cesante, así como el pago de intereses. [...]

"97 En cuanto al pago de intereses, el Tribunal de Justicia recordó en el apartado 31 de su sentencia de 2 de agosto de 1993, *Marshall* (C-271/91, Rec. p. I-4367) que su concesión, según las normas nacionales aplicables, constituye un elemento indispensable de la indemnización".:

**3.-** En este sentido es muy significativo que el 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, se exprese en el siguiente sentido:

"La adición de intereses también deberá tenerse en cuenta. La concesión de intereses constituye un elemento indispensable de la reparación. Como ha destacado el Tribunal de Justicia, la reparación íntegra del perjuicio sufrido debe incluir la reparación de los efectos adversos ocasionados por el lapso de tiempo transcurrido desde que se produjo el perjuicio causado por la infracción (18 Asunto C-271/91, *Marshall*, Rec. 1993, p. I-4367, apartado 31. asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, Rec. 2006, p. I-6619, apartado 97; Comisión Europea, Libro blanco sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia (COM(2008) 165), sección 2.5 y el documento de trabajo de los servicios de la Comisión que lo acompaña (SEC(2008) 404), apartado 187). Estos efectos son la depreciación monetaria (19 Asunto C-308/87, *Grifoni II*, Rec. 1994, p I-341, apartado 40. Conclusiones del Abogado General Tesauro en el asunto C-308/87, *Grifoni II*, Rec. 1994, p I-341, apartado 25; asuntos acumulados C-104/89 y C-37/00, *Mulder y otros/Consejo y Comisión*, Rec. 2000, p. I-203, apartado 51. En lo referente a la pérdida del poder adquisitivo, véanse los asuntos acumulados T-17/89, T-21/89 y T-25/89, *Brazzelli Lualdi*, Rec. 1992, p. II-293, apartado 40) y la oportunidad perdida para la parte perjudicada de tener el capital a su disposición (20 Véanse las Conclusiones del Abogado General Saggio en los asuntos acumulados C-104/89 y C-37/00, *Mulder y otros/Consejo y Comisión*, Rec. 2000, p. I-203, apartado 105). La legislación nacional debe tener en cuenta estos efectos como interés legal u otras formas de interés, siempre que se ajusten a los principios de efectividad y de equivalencia antes citados".

Y así lo recoge también el considerando 12 de la Directiva.

**4.-** La sentencia recurrida es conforme con esta jurisprudencia cuando condena a la demandada al pago de los intereses legales de la indemnización desde la fecha de la producción del daño (fecha de la compra del **camión** con sobreprecio).

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. Es una exigencia derivada del art. 101 TFUE, en la interpretación que le ha dado la jurisprudencia del TJUE.



5.- 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 irrelevante la objeción derivada de la máxima *in illiquidis non fit mora*.

#### **OCTAVO. Costas**

Desestimados los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, imponemos las costas de ambos recursos a las entidades recurrentes, de conformidad con lo prescrito en el art. 398.1 LEC, con pérdida de los depósitos constituidos para recurrir en casación, de conformidad con la Disposición Adicional 15.<sup>a</sup>, apartado 9.<sup>a</sup>, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso de extraordinario por infracción procesal interpuesto por CNH Industrial N.V. y Fiat Chrysler Automobiles N.V. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9.ª) de 24 de febrero de 2020 (rollo núm. 1311/2019), que conoció de la apelación de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Valencia de 15 de abril de 2019 (juicio ordinario 308/2018).

2.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por CNH Industrial N.V. y Fiat Chrysler Automobiles N.V. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9.ª) de 24 de febrero de 2020 (rollo núm. 1311/2019), que conoció de la apelación de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Valencia de 15 de abril de 2019 (juicio ordinario 308/2018).

3.º- Imponer a CNH Industrial N.V. y Fiat Chrysler Automobiles N.V. las costas generadas por el recurso de casación y por el recurso extraordinario por infracción procesal.

4.º- Acordar la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos. Y comuníquese esta sentencia a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ( arts. 16.3 LDC y 212.3 LEC).

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.