



Roj: **SAP V 3500/2020 - ECLI:ES:APV:2020:3500**

Id Cendoj: **46250370092020100930**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **9**

Fecha: **25/05/2020**

Nº de Recurso: **1686/2019**

Nº de Resolución: **671/2020**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ROSA MARIA ANDRES CUENCA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 3500/2020,**
STS 2477/2023

ROLLO NÚM. 001686/2019

V

SENTENCIA NÚM.: 671/2020

Ilustrísimos Sres.:

MAGISTRADOS DOÑA ROSA MARÍA ANDRÉS CUENCA DOÑA PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA DON JORGE DE LA RÚA NAVARRO

En Valencia a veinticinco de mayo de dos mil veinte.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON/ DOÑA ROSA MARÍA ANDRÉS CUENCA**, el presente rollo de apelación número 001686/2019, dimanante de los autos de Juicio Ordinario [ORD] - 000303/2018, promovidos ante el JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE VALENCIA, entre partes, de una, como apelante a MAN SE y Santiago , representado por el Procurador de los Tribunales don/ña VICENTE ADAM HERRERO y FRANCISCO JOSE GARCIA ALBERT, y de otra, como apelados a representado por el Procurador de los Tribunales don/ña , en virtud del recurso de apelación interpuesto por MAN SE y Santiago .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado del JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE VALENCIA en fecha 17 de julio de 2019, contiene el siguiente FALLO: " *QUE DEBO ACORDAR y ACUERDO ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda interpuesta por contra , y en consecuencia se condena a esta última a que, firme que sea la presente, pague a la actora la cantidad de 725,40€, con los intereses conforme al fundamento de derecho octavo de esta resolución, y sin que proceda imposición de costas. "*

SEGUNDO.- Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por Santiago y MAN SE, dándose el trámite previsto en la Ley y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, tramitándose la alzada con el resultado que consta en las actuaciones.

TERCERO.- Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La sentencia dictada por el juzgado de lo mercantil 2 de Valencia con fecha 17 de julio de 2019 estimaba parcialmente la demanda interpuesta por Santiago contra MAN SE y en consecuencia condenaba



a esta última a que abonara a la actora la cantidad de 725,40€, con los intereses conforme al fundamento de derecho octavo de la resolución, y sin que proceda imposición de costas.

Frente a dicha resolución recurrió en apelación la parte actora, alegando que el juzgador fundamenta su sentencia, en cuanto resulta perjudicial a dicha parte, en la invalidez del método de cuantificación del daño aportado, consistente en cálculo del 20,7% de sobrecoste, y alternativamente estima aplicable un porcentaje del 5%, considerando que procede la imposición del interés legal del dinero desde la fecha de la interpelación judicial y que no procede la imposición de costas. Plantea dicha parte recurso frente a estos tres pronunciamientos, por cuanto:

I.- La cuantificación del daño propuesta por dicha parte es correcta:

1. Considera que el daño es superior al 5% de valor de compra del vehículo, porque el informe empleado por dicha parte se basa en método válido, la demandada no ofrece alternativa, y si la base del Juzgador es el informe OXERA debemos reconocer un daño superior al 5%. Invoca la doctrina del TS por la que se presupone el perjuicio, el principio de facilidad probatoria y que la existencia de un cártel presupone pago de un precio superior al resultante del juego de la libre competencia. Alude al informe aportado, a las conclusiones del informe Smuda y, en definitiva, a que, ante la insuficiencia de datos, aconseja acudir a la ciencia económica, y, por tanto, el REFOR y que propone a sus colegiados el mismo método utilizado por el perito de la actora.

Igualmente, indica que la demandada no propone alternativa alguna, porque el informe de Compass Lexecon es mera crítica al confeccionado por la actora, reprochando además la falta de aportación de daños anteriores a 2006, así como apoyando sus aseveraciones en resoluciones dictadas por órganos judiciales alemanes y otros distintos del juzgado "a quo".

Finalmente, porque el juzgador se apoya en el informe OXERA pero no extrae su conclusión en forma correcta, porque el estudio toma como referencia fija la media del sobrecoste en el 18% estando el mayor número de observaciones entre el 10-20% y la media si abarcan los cárteles varios países, es del 26% frente al 16% de los nacionales. Propone la aplicación del 26% según tal criterio, en su defecto, el 18% o, de ponderarse entre límites, el 15%. Invoca finalmente alguna otra resolución que se ajusta a este último criterio, e indica que también los criterios fijados en la guía práctica se aproximan al porcentaje del 20% y, en ningún caso, el indicado en la sentencia recurrida.

2. La base de cálculo es errónea, porque el vehículo se adquirió por compra directa y no por leasing (bloque documental 2). La defensa del passing on y la repercusión del sobrecoste, o parte, a su hijo, otorgándole la legitimación activa (adquirente de camión de segunda mano) y la base tenida en cuenta son erróneas, porque el camión se adquirió por 77.000 euros, se vende por 48.000 euros, por lo que ha de ser sobre la diferencia de 29.000 euros sobre lo que se calcule, y no sobre la cantidad tenida en cuenta.

II.- Errónea valoración en el fundamento jurídico décimo de la interpretación de la petición a condena de intereses, debiendo concederse desde la compra del vehículo de acuerdo con el suplico y la fundamentación jurídica de la demanda. Y, en cualquier caso, en virtud del criterio de que sería pertinente su concesión, conforme los hechos alegados, que responden a lo indicado y fundamentado y además al principio de efectividad.

III.- Procede imponer las costas a la parte demandada (fundamento jurídico undécimo).

La parte demandada MAN SE planteó asimismo recurso de apelación argumentando lo que sigue.

1.- La sentencia debió haber resuelto la controversia aplicando exclusivamente el artículo 1902 CC y las normas sobre carga de la prueba.

Inaplicabilidad de la Directiva 2014/104/UE. No es aplicable la normativa posterior, sino solo el artículo 1902 CC. No cabe acudir al principio de "interpretación conforme" porque tanto la Directiva como el RDL impiden la aplicación retroactiva de sus disposiciones sustantivas (artículo 22,2 de la Directiva y DT 1º del RDL y como declaró el TJUE esa interpretación ha de respetar las disposiciones y el régimen transitorio de las normas comunitarias.

2.- El régimen jurídico aplicable determina que la parte actora está obligada a demostrar la existencia de una relación de causalidad que la misma no puede presumirse: SAP Murcia de 20 de junio de 2019.

3.- La sentencia ha concluido erróneamente que existe una relación de causalidad entre la conducta sancionada por la Decisión y el daño sufrido por la actora.

No puede aplicarse la presunción de daño, porque el artículo 76,3 LDC no es aplicable, porque lo sería retroactivamente, y porque se trata de cuestión sobre la que ha de practicarse prueba por la actora, sometida al artículo 217 LEC. No puede presumirse que una conducta anticompetitiva comporte daños, el análisis de la

Decisión es erróneo tomando como elemento esencial el informe pericial de Compass Lexecon, y el informe de la actora afirma que algunos cárteles hardcore no llegan a producir efectos en el mercado.

Contrariamente a ello, hay elementos que ponen en duda que esa conducta comporte un incremento de precios de venta, porque esencialmente es intercambio de información sobre incrementos de precios brutos y ello no comporta una fijación coordinada de precios netos, y no hay relación directa entre variación de precios brutos y netos.

4.- No puede aplicarse la facultad de estimación de daño, que no es compatible con las reglas sobre carga de la prueba, y si la prueba aportada por la actora es insuficiente, la consecuencia ha de ser la desestimación de la demanda. Invoca los artículos 216 y 217 LEC.

5.- No existe escenario de dificultad probatoria que comporte la aplicación de la facultad judicial de estimación. Alega falta de conocimientos técnicos y experiencia del perito Sr. Augusto, por falta de titulación profesional requerida, conforme el artículo 340 LEC, por ser ingeniero, no economista, aplicación de un método erróneo según la Comisión Europea, falta de ajuste a la decisión, alude a su carácter incoherente e inconexo, lo que reiteró en el acto del juicio.

No tuvo en cuenta, además, que los vehículos se vendieron a través de un concesionario, y que el precio de venta lleva incorporado ese margen. Finalmente, considera que la adición de 400 euros por la repercusión del coste de introducción de tecnologías de mejora de emisiones contaminantes comporta duplicidad respecto del sobreprecio del 20.70% fijado en el informe.

6.- No hay situación de dificultad de acceso a la información relevante

porque el perito tenía acceso a más de 6.000 facturas de compraventa de vehículos, lo que podría haberse completado con distintas fuentes de acceso público como listados de precios publicados en la Revista de Transporte profesional. Tampoco solicitaron información a dicha parte demandada, por lo que hay omisiones y falta de actividad evidente.

7.- La facultad de estimación ha sido aplicada incorrectamente en la sentencia.

Considera que la Sentencia recurrida, si hubiera aplicado correctamente la facultad judicial de estimación debería haber llegado a la conclusión de que no resultaba posible realizar dicha estimación en el caso concreto, ante la absoluta falta de prueba respecto al daño derivado de los hechos sancionados por la Comisión, falta únicamente imputable a la pasividad de la actora.

8.- No procede exigir intereses legales

La Sentencia recurrida ha condenado a MAN SE al pago de los intereses legales, desde la fecha de presentación de la demanda.

Sobre esta cuestión, la jurisprudencia insiste que, para determinar si debe condenarse al pago del interés legal del dinero, debe analizarse la razonabilidad de la demanda formulada.

Dado que en este caso la cantidad reclamada por la parte actora ha sufrido una enorme reducción y ello sobre la base de lo dispuesto en la Sentencia recurrida (solamente se ha reconocido una cuantía de 725,40 euros, frente a una reclamación inicial de 13.605,47 euros) debería concluirse que existían dudas sobre la razonabilidad y prosperabilidad de la demanda.

9.- Costas procesales

La estimación del recurso de apelación debería dar lugar a la revocación de la Sentencia de primera instancia y a la desestimación íntegra de la demanda. En consecuencia, la parte actora debería ser condenada al pago de las costas procesales de primera instancia, por imperativo del artículo 394 LEC.

Ambas partes se opusieron a los recursos que plantearon las adversas, quedando la cuestión, en esta alzada, en los términos expuestos.

SEGUNDO.- Se acepta la fundamentación jurídica de la resolución recurrida, salvo en cuanto no se oponga a lo que seguidamente se dirá.

Con carácter previo cabe puntualizar que no se discuten en esta segunda instancia las cuestiones relativas a prescripción, falta de legitimación activa y pasiva que sí eran objeto de debate en la instancia. En cualquier caso, respecto de la legitimación pasiva de MAN SE nos remitimos a los argumentos de carácter general recogidos en la SAP, Civil sección 9 del 05 de diciembre de 2019 (ROJ: SAP V 4150/2019 - ECLI:ES:APV:2019:4150) Ponente Sra. Martorell Zulueta, reiterados en sentencia 62/2020 recaída en rollo de apelación 1573/19, con fecha 20 de enero de 2020, Ponente Sr. Seller Roca de Togores y, en lo demás, a los



propios de la resolución impugnada, en cuanto no hayan sido objeto de expresa impugnación en esta segunda instancia.

2.1.- Recurso de la demandada .- Sobre la normativa aplicable y el principio de interpretación conforme.

Dijimos en las resoluciones anteriormente citadas dictadas por esta Sala con fecha 16/12/2019, reiterado en la dictada con fecha 20 de diciembre de 2019 (rollo 1032/2019) y en la muy reciente de 18 de febrero de 2020 (rollo 1611/19) lo que sigue, en relación con dicho motivo de recurso:

<<Los hechos origen de la demanda son anteriores a la Directiva 2014/104/UE. Ello determina que la parte actora haya ejercitado su acción de reclamación de daños al amparo del artículo 1902 del C. Civil, y no al de la Ley de Defensa de la Competencia, derivado de la transposición de la Directiva 2014/104.

Como resulta de la Sentencia del TJUE de 28 de marzo de 2019 (Caso Cogeco C-637/17) no es posible interpretar el derecho nacional conforme a la Directiva, cuando los hechos que se enjuician son anteriores a la misma, atendida la incorporación de una norma particular expresa sobre el ámbito de aplicación temporal de sus disposiciones (artículo 22, apartados 1 y 2).

Sin embargo, no cabe desconocer el previo acervo jurisprudencial del TJUE conforme al cual debe interpretarse nuestro derecho, y en particular el artículo 1902 del C. Civil (en conexión con el artículo 1106 del mismo cuerpo legal) cuando la acción que se ejercita es la de reclamación de daños por infracción de las normas de la competencia.

Nuestro Tribunal Supremo, en la Sentencia de 7 de noviembre de 2013 (ROJ: STS 5819/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5819), anterior a la Directiva, ya definió los parámetros interpretativos aplicables por referencia a la jurisprudencia del TJUE, al enlazar el análisis de la cuestiones controvertidas (y en particular a la defensa del "passing on" por la parte demandada) al "principio general del Derecho de la competencia de que cualquier persona tiene derecho a solicitar la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la competencia (sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Pleno, de 20 de septiembre de 2001, caso Courage, asunto C-453/99, y de la Sala Tercer, de 13 de julio de 2006, caso Manfredi, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04)." Y en defecto de una regulación comunitaria específica sobre el resarcimiento de daños y perjuicios en el Derecho de la competencia, afirmó que la cuestión había de resolverse aplicando las normas de Derecho interno.

Nos encontramos ante el mismo escenario en la medida en que, por ser los hechos anteriores a la entrada en vigor de la Directiva 2014/104 (y su ulterior transposición a nuestro ordenamiento), no cabe su aplicación retroactiva, lo que no significa - como hemos anunciado en las líneas precedentes - que no dispongamos de instrumentos para resolver los temas litigiosos que se someten a nuestra consideración sin necesidad de forzar el principio de interpretación conforme, máxime cuando:

1) Los artículos 101 y 102 del TFUE producen efectos directos en las relaciones entre particulares, generando para los afectados, derechos y obligaciones que los órganos jurisdiccionales nacionales deben aplicar (se declara, entre otras, en la Sentencia del TJCE de 20 de septiembre de 2001- Courage C453/99 - en línea con otros pronunciamientos anteriores).

2) La Directiva 2014/104 se sustenta en los criterios jurisprudenciales precedentes del TJUE, por lo que no es necesario acudir a la cita - siquiera a efectos de interpretación orientativa - de un concreto precepto de la norma, porque en el considerando 12 se dice literalmente: "La presente Directiva confirma el acervo comunitario sobre el derecho a resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por infracciones del Derecho de la competencia de la Unión, especialmente en relación con la legitimación y la definición de daños y perjuicios, de la forma establecida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y no prejuzga ninguna evolución posterior del mismo."

3) Por tanto, acudiremos a la jurisprudencia comunitaria de la que Directiva se hace eco, para resolver los temas que nos plantean ambas partes litigantes. Y así en líneas generales (no exhaustivas):

a) La Sentencia del TJUE (Sala Quinta) de 5 de junio de 2014 (Caso Kone), en sus apartados 20 a 26 (ambos inclusive) recoge la doctrina del Tribunal sobre: i) La eficacia directa de los artículos 101 TFUE, apartado 1, y 102 TFUE en las relaciones entre particulares (Sentencias BRT/SABAM, 127/73, EU:C:1974:6, apartado 16; ii) 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 Courage y Crehan, EU:C:2001:465, apartado 26; Manfredi y otros, EU:C:2006:461, apartado 60; Otis y otros, C 199/11, EU:C:2012:684, apartado 41, y Donau Chemie y otros, C 536/11, EU:C:2013:366, apartado 21) y el derecho a solicitar la reparación del daño sufrido cuando exista una relación de causalidad entre dicho daño y el acuerdo o la práctica prohibidos; iii) Ante la inexistencia de una normativa de la Unión en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las modalidades de ejercicio del derecho a



solicitar la reparación del daño resultante de un acuerdo o práctica prohibidos por el artículo 101 TFUE, incluso a la aplicación del concepto de "relación de causalidad", siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad (sentencia Manfredi).

b) De la Sentencia Manfredi (C-295/04 a C-298/04) de 13 de julio de 2006, y a los efectos de interés para nuestra decisión, resulta que: i) "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", ii) "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." iii) Y en línea con lo plasmado en la Directiva, se excluye un eventual exceso de resarcimiento.

c) En el marco del ejercicio de una acción de resarcimiento, sin desconocer la situación concreta examinada por el TJCE en la Sentencia de 20 de septiembre de 1999 (Courage), son elementos a valorar por el juez en el marco de una acción de indemnización de daños y perjuicios "el contexto económico y jurídico en el que se hallan las partes, ..., el poder de negociación ... posición de inferioridad notoria con relación a la otra parte... capacidad para evitar el perjuicio o limitar su cuantía, ...".

d) La Sentencia - ya citada - de 28 de marzo de 2019 - si bien en relación con el artículo 102 del TFUE - se refiere a ese acervo jurisprudencial, y cita, en particular a la Sentencia de 5 de junio de 2014 (Kone y otros C-557/12), fijando las mismas conclusiones apuntadas en el apartado a.

4) Tampoco podemos obviar que, con anterioridad a la Directiva, existían normas [Reglamento (CE) 1/2003 de 16 de diciembre de 2002] y trabajos a considerar (Libro Verde sobre acciones indemnizatorias en 2005, Libro Blanco en 2008), siquiera a efectos orientativos. Igualmente es importante citar la Comunicación oficial de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimientos de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 13 de junio de 2013, y 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, también en 2013. De esta última resulta (amen de la identificación de los métodos de cuantificación) los siguientes aspectos relevantes para nuestra decisión:

a. El mero hecho de que las empresas participen en las actividades ilegales propias de un cártel, pese al riesgo que entraña para ellas la infracción de las normas de la competencia, "indica que esperan obtener substanciales beneficios de sus acciones, es decir, que el cártel produzca efectos en el mercado, y, por consiguiente, en sus clientes."

b. Las conclusiones que se expresan en los párrafos 139 a 145 de la Guía, se apoyan en un estudio encargado por la Comisión, sustentado, a su vez, en una serie de estudios empíricos ya existentes sobre los efectos de los cárteles. Se concluye, en concordancia con otros análisis, que en el 93% de los casos se producen sobrecostes, siendo el coste excesivo medio (resultante de los datos analizados) del 20%. Y dice en el 145: "Estas conclusiones de los efectos de los cárteles no sustituyen a la cuantificación del perjuicio específico sufrido por los demandantes en un asunto concreto. Sin embargo, los tribunales nacionales, basándose en este conocimiento empírico, han declarado que es probable que, por regla general, los cárteles den lugar a costes excesivos y que cuánto más duradero y sostenible ha sido un cártel, más difícil le resultaría a un demandado alegar que no había habido un impacto negativo sobre los precios en un caso concreto."

5) En nuestro ámbito interno, sin perjuicio de salvar las diferencias propias de cada caso enjuiciado, la Sentencia de 7 de noviembre de 2013 (citada) nos ofrece pautas relevantes en orden a la valoración de las pruebas periciales y la cuantificación del daño. De su contenido se desprende que un escenario de dificultad probatoria no debe impedir que las víctimas reciban un importe de indemnización adecuado por el perjuicio sufrido, sino que tal dificultad justificaría una mayor amplitud o flexibilidad de los jueces para estimar el perjuicio en la medida en que el cálculo de las indemnizaciones haya de realizarse sobre hipótesis de situaciones fácticas no acaecidas realmente. Ello no permite, sin embargo, la arbitrariedad ni la confusión entre "flexibilidad" y solución "salomónica" carente de justificación.

Al hilo de lo anterior, recordamos la doctrina consolidada relativa a los principios de disponibilidad y facilidad probatoria que resulta, entre otras, de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2014 (ROJ: STS 5212/2014 - ECLI:ES:TS:2014:5212) en la que, con cita de la sentencia de 30 de marzo de 2010 (ROJ: STS 1866/2010 - ECLI:ES:TS:2010:1866), destaca que su aplicación "hace recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que se halla en una posición prevalente o más favorable, por la disponibilidad o proximidad a su fuente." Criterio que se reitera en la Sentencia de 5 de octubre de 2016 (ROJ: STS 4273/2016 - ECLI:ES:TS: 2016:4273) y en la Sentencia de 7 de septiembre de 2019 (ROJ: STS 2854/2019 - ECLI:ES:TS:



2019:2854), que excluye su aplicación "cuando ambas partes litigantes se encuentran en la misma posición jurídica." Ello exige la ponderación de quien ostenta la posición prevalente y la facilidad de acceso a la información

6) Añadimos, finalmente que, también nuestro Tribunal Supremo, en diversos supuestos (propiedad industrial, competencia desleal, ...) ha estimado correcta la presunción de existencia del daño cuando se produce una situación en que su existencia "se deduce necesaria y fatalmente del ilícito o del incumplimiento, o son consecuencia forzosa, natural e inevitable, o daños incontrovertibles, evidentes o patentes, según las diversas dicciones utilizadas. Se produce una situación en que "habla la cosa misma" ("ex re ipsa"), de modo que no hace falta prueba, porque la realidad actúa incontestablemente por ella". Así resulta, entre otras, de la Sentencia de la Sala Primera de 17 de julio de 2008 (Rec. 2268/2001) o más recientemente, de la de 21 de octubre de 2014 (ROJ: STS 3936/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3936).

La Audiencia de Zaragoza (sección 5ª), en la Sentencia de 1 de septiembre de 2015 (ROJ: SAP Z 1823/2015 - ECLI:ES:APZ:2015:1823) se refiere a la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la indemnización correspondiente a los casos de daños o perjuicios causados como consecuencia de actos de competencia desleal, y la aplicación "por lo general, salvo ciertas excepciones" de la doctrina "ex re ipsa" (cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2014). Y extrae las siguientes conclusiones: 1) en principio, se presume la existencia del daño cuando deriva de actos de los que por la propia razón de las cosas el daño ha de haberse causado. 2) se requiere que tales actos o conductas sean de tal entidad o naturaleza que deba entenderse que producen necesariamente el daño, en cuyo caso, el afectado solo ha de probar el hecho del comportamiento desleal y la relevancia del mismo. 3) La aplicación debe hacerse con "cautela y prudencia" (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2014): la flexibilidad probatoria "no obsta al hecho de que a quien reclame la indemnización de unos daños y perjuicios corresponda su prueba inicial, o cuando menos la exposición razonada y convincente de los hechos que permitan valorarlo en su justa medida, conforme a Jurisprudencia mantenida constantemente, sin tener que pasar por el reconocimiento de cantidades por esta vía de indemnización claramente fuera de lugar, que carezcan del debido fundamento, sin prueba suficiente que permita con cierta claridad precisarla."

La Audiencia de Alicante (Sección 8ª) ha tenido en cuenta la dificultad probatoria con que, en ocasiones, se encuentra la parte que reclama, y así lo indica, cuando toma en consideración que "la iniciativa probatoria ha partido del demandante que ha contado con unas fuentes de información limitadas y condicionadas por el propio demandado" (Sentencia de 31 de mayo de 2019, ROJ: SAP A 2183/2019 - ECLI:ES:APA:2019:2183).

Estos elementos (a modo descriptivo y no exhaustivo, o excluyentes de otros resultantes de las resoluciones del TJUE y de nuestro propio Tribunal Supremo) nos permiten fijar el marco en el que resolver las cuestiones controvertidas sin necesidad de forzar argumentos o referencias a los concretos preceptos de la Directiva (ni a la Ley de Defensa de la Competencia en su versión vigente tras la transposición), pues tales normas, como ya hemos apuntado, son el trasunto de los criterios ya existentes en los pronunciamientos del Tribunal de Justicia, lo que nos permite dar una respuesta conforme al derecho y jurisprudencia aplicable en el momento de producirse los hechos.

Por tanto, en el análisis de los presupuestos que resultan del artículo 1902 del C. Civil en interpretación conforme a los criterios de la jurisprudencia comunitaria, fijamos como primera conclusión la concurrencia del primero de los presupuestos exigidos por el artículo 1902: la existencia de una infracción reconocida, y declarada por quien tiene competencia para ello. La Decisión de la Comisión justifica el ejercicio de la acción planteada en reclamación de daños y perjuicios, frente a quienes han sido destinatarias de la sanción impuesta por ella.

En el presente supuesto, la situación examinada es análoga, por lo que debe aplicarse idéntica argumentación a la que aquí se deja expresada, si bien ello carece de mayor trascendencia práctica como se dirá.

2.2 Recurso de la parte demandada.- Sobre los tres elementos que configuran la responsabilidad extracontractual prevista en el art. 1902 CC : acción u omisión, existencia del daño y nexo causal.

La resolución dictada en la instancia describe las respectivas posiciones de las partes en el litigio (Fundamentos 1º y 2º) e identifica los hechos controvertidos.

El actor afirmó haber sufrido un daño como consecuencia de la existencia de un cártel de fijación de precios en el que habían participado la entidad demandada, aportando para la acreditación del ilícito que sustenta la acción la versión no confidencial de la Decisión de la Comisión de 6 de abril de 2017.

En orden a la legitimación, nos remitimos a lo argumentado en la resolución recurrida.

Precisábamos, en este mismo ámbito, al hilo de lo anterior, en sentencia de 18 de febrero de 2020, que invocaba, a su vez, la de 23 de enero de 2020 lo que sigue:

<<Debemos indagar así sobre los tres elementos que configuran la responsabilidad extracontractual prevista en nuestro art. 1902 CC : acción u omisión, existencia del daño y nexo causal.



Las apelantes sostienen que las conductas sancionadas, dada su naturaleza (mero intercambio de listas de precios brutos e información sobre precios brutos), no han tenido efectos en el mercado sin que, además, la propia Decisión así lo exprese.

La demandante no habría acreditado tal efecto (daño) y no es posible acudir para ello a la doctrina *ex re ipsa*, no aplicable a daños antitrust como los presentes, al no tratarse de un derecho preexistente el vulnerado y no tratarse de daños incontrovertibles y manifiestos. Antes al contrario, a la vista de la conducta descrita son improbables tales efectos colusorios (lo que trata de justificar mediante la pericial aportada, COMPASS LEXECON). Rechaza por último que el informe OXERA 2009 sea un elemento adecuado para calcular el sobrecoste asumido por el demandante (en caso de que se hubiera acreditado) habiendo sido rechazado (oportunamente) el informe aportado por la actora, fundado en el mismo método.

1. Acción u omisión ilícita.

No procede que la Decisión de la Comisión haga pronunciamiento expreso sobre los efectos de la conducta en el mercado, por cuanto para que la conducta colusoria sea sancionable, basta con que sea susceptible, sea apta para generar tal efecto anticompetitivo en el mercado. Por ello, cualquier indicación que la decisión haga al respecto debe considerarse muy relevante.

Tal y como hemos señalado, entre otras, en la Sentencia de 23 de enero de 2020 (Rollo 1147/19):

"Sin perjuicio de las respectivas valoraciones que las partes hace del contenido de la Decisión y de los términos en los que se expresa la resolución apelada, de lo que no cabe duda para esta Sección de la Audiencia de Valencia, es que la Decisión reconoce un ilícito (que sanciona), y que dicho reconocimiento abre la vía al ejercicio de las acciones "follow on" a los eventuales perjudicados por las conductas colusorias que describe. La Comisión sanciona la conducta continuada de las destinatarias de la Decisión consistente en el intercambio de información con la finalidad de alterar, distorsionar o falsear el proceso de fijación independiente de los precios y su evolución normal en el espacio económico europeo, eliminando incertidumbres "y en último término de la reacción de los clientes en el mercado" (apartados 71 y 74).

Y aun cuando es cierto que en el apartado 82 - con cita de la jurisprudencia del TJUE - afirma que no es necesario "tomar en consideración los efectos reales del acuerdo" ni, a los efectos de su calificación, "demostrar que la conducta ha tenido efectos anticompetitivos, en la medida en que ha quedado probado su objeto anticompetitivo", ello no significa que podamos acoger la tesis de la demandada en orden a la ausencia de efectos de la conducta sobre el mercado. Que no se haya necesitado examinar el efecto real para calificar la conducta e imponer la sanción, no significa que se hayan descartado los efectos. Más bien al contrario: dicho lo anterior, en el apartado 85 es la propia Comisión la que establece la presunción de que la conducta sancionada "tiene efectos apreciables sobre el comercio". Y tan es así, que en la nota de prensa que se publica en la misma fecha, contiene un último apartado relativo a las acciones por daños dirigido a los eventuales afectados por la conducta descrita en el caso (documento 5 al folio 210 y siguientes del primer tomo).

Por tanto, en el análisis del primero de los presupuestos que resultan del artículo 1902 del C. Civil en interpretación conforme a los criterios de la jurisprudencia comunitaria, fijamos como primera conclusión la existencia de una infracción reconocida, y declarada por quien tiene competencia para ello, con efectos sobre el mercado, que permite seguir avanzando en el examen de los demás requisitos de la acción. "

2. Nexo causal. Teniendo en cuenta la conducta objeto de la decisión, la propia jurisprudencia europea admite tal efecto. Tal y como apuntábamos en nuestra Sentencia de 16 de diciembre de 2019: "La incidencia de los precios brutos hacia los precios netos fue apreciada en la Sentencia del TGUE de 16 de septiembre de 2013 (prácticas colusorias en el ámbito del mercado de aparatos sanitarios, sobre coordinación de los incrementos de precios e intercambio de información sensible) invocada por la parte actora; respecto de la cual, la Sentencia del TJUE de 3 de julio de 2018 (T-379/10 y T-381/10) desestima el recurso de casación formulado contra ella. En los párrafos 60 a 67 de la Sentencia de 2013 se contienen apreciaciones sobre la influencia en los precios de venta a los consumidores de la coordinación anual de los precios de las listas de los fabricantes (con incidencia primero, en el nivel fijado para los mayoristas, y después para el destinatario final del producto), y se aprecia la posibilidad de que los incrementos coordinados de los precios de catálogo repercutan en los precios pagados por mayoristas y consumidores finales. "

Pugna con las más elementales reglas empresariales compartir una información tan sensible con los competidores (precios brutos) si no es para obtener un beneficio común, siendo la finalidad más patente la de alcanzar una coordinación de los precios netos de venta a mayoristas y consumidores. Pero aún es menos razonable que tal consecuente coordinación de precios netos suponga un abaratamiento de los precios de venta final, en detrimento del interés económico de los integrantes del cártel. El conocimiento de los márgenes de

beneficio del competidor nos permite ajustar el comportamiento comercial del modo más exitoso para nuestros intereses económicos.

En nuestra sentencia de 23 de enero de 2020 , indagando en el contenido de la decisión, encontrábamos elementos en los que sustentar esa relación de causalidad:

"... en el párrafo 27 de la Decisión de la Comisión se describe el proceso de fijación de precios en el sector de los camiones. Su punto de partida es el precio de lista bruto inicial fijado en la Sede Central (objeto de la conducta sancionada), al que sigue la fijación de precios de transferencia a través de las filiales de distribución, ulteriores precios a concesionarios - en su caso -, y finalmente los precios netos de venta a clientes, que, según se indica "reflejan descuentos sustanciales sobre el precio de lista bruto inicial".

Como ya hemos avanzado, el considerando 85 contiene una presunción de efectos de la conducta sobre el mercado que no queda desvirtuada por las alegaciones que efectúa la parte demandada para afirmar su inexistencia: carácter cíclico de la demanda, heterogeneidad del producto, transparencia del mercado, fuerte negociación de precios entre compradores y vendedores, espacio geográfico, duración de la infracción, etc. Todos esos elementos que alega la parte resultan del propio tenor de la Decisión (apartados 1.3.3 - características del mercado de los camiones, 1.3.4 - mecanismos de fijación de los precios y listas de precios brutos -, 1.3.4 - grado de transparencia del mercado- 3.3 - ámbito geográfico-, 3.4 - duración-, ...). Y pese a ello, la Comisión dice en el indicado considerando: "En el presente caso, atendiendo a las cuotas de mercado y el volumen de negocios de los Destinatarios de la Decisión en el EEE, cabe presumir que la conducta tiene efectos apreciables sobre el comercio. A su vez, la dimensión geográfica de la infracción, que afectó a varios Estados Miembros, y la naturaleza transfronteriza de los productos confirman que los efectos sobre el comercio son apreciables."

3.Daño.Por ello, tal y como expresamos en nuestras sentencias de 16 de diciembre de 2019 y posteriores es plenamente correcto el recurso a la doctrina ex re ipsa aplicada por la sentencia de instancia, entendida esta como una presunción iuris tantum y, por tanto, susceptible de ser destruida mediante una adecuada actividad probatoria del demandado.

4.Sobre este último extremo, contamos con el dictamen pericial COMPASS LEXECON y lo declarado en el juicio por el Sr. Leovigildo . Se comparte la descripción que hace el dictamen sobre la complejidad del mercado con una combinación ingente de prestaciones en los vehículos ofrecidos. Así concurren diferentes plataformas (Eurocarga, Stralis, Trakker) con diversas categorías cada una de ellas, además de diversas prestaciones que oscilan entre la potencia, configuración, suspensión, aire acondicionado, condiciones del habitáculo...

Lo que no compartimos es la conclusión alcanzada en cuanto a que la "información sobre precios brutos no habría permitido la coordinación en precios netos (que son los únicos que tienen importancia económica) ni tampoco habría permitido a las empresas monitorizarse entre sí. Parece muy poco probable que tal intercambio de información haya facilitado la colusión en el mercado de camiones medianos y pesados en España y, por tanto, que haya producido efectos anticompetitivos."

Tal conclusión, sin perjuicio de la valoración que se hará del dictamen en el fundamento siguiente, choca frontalmente con la propia esencia del cártel y haría vano el riesgo asumido de sus integrantes a someterse a sanciones graves, si no fuera porque esperaban obtener algún rédito común de tal información.

Precisamente, ahonda en esta impresión, la prolongación en el tiempo de la práctica (entre 1997 y 2011), catorce años consecutivos, que no se comprende sin obtener éxito pues, de lo contrario, se habría abandonado.

El tratamiento por cada compañía de la información obtenida sobre los precios brutos de los vehículos es complejo habida cuenta de complejidad del producto final, pero sin duda es una variable cuyo conocimiento permite adecuar la estrategia comercial y el precio final del producto. Así, sin un respaldo probatorio adecuado, la presunción no queda desvirtuada...>>

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, siendo dicho camión, adquirido por el demandante, fabricado por la demandada, cabe presumir con certeza (en los términos del art. 386 LEC) la existencia de un daño (consistente en sobreprecio de adquisición) causado por la conducta anticompetitiva integrada por la demandada, por lo que la conclusión de la sentencia ha de ser mantenida.

TERCERO.- Sobre la existencia del daño y la valoración de la prueba pericial aportada al proceso.- Cuestión planteada por ambas partes en el recurso.-

La sentencia de instancia rechaza la utilidad del informe emitido por el Sr. Augusto para formar convicción del alcance de los daños (cuantía del sobrecoste) por cuanto se limita a extrapolar magnitudes medias extraídas



de estudios sobre el impacto económico de otros cárteles. Tales estudios sirven para realizar una estimación de los daños, pero no para recrear un escenario hipotético en el que no operara el cártel. No considera así que el método empleado para la cuantificación del daño sea el óptimo.

El perito determinaba el sobrecoste por la colusión de presión del camión adquirido por el actor y afectado por el cártel, según expone la sentencia recurrida y reclama la parte actora, en la cifra total de 13.605,47 euros, teniendo en cuenta que 13.205,47 euros corresponden al sobrecoste del vehículo aplicando un porcentaje medio del 20.70 % y el resto corresponde a la carga impositiva, siendo el importe de 400 euros por la repercusión en el cliente final de la implementación de las nuevas tecnologías de mejora de las emisiones.

En relación con el informe aportado por la demandada (Compass Lexecon) reprocha que se limite a realizar crítica del informe aportado de contrario sin desarrollar alguno de los modelos previstos, idóneos, para justificar la inexistencia del daño. Y afirma que en todo caso existe repercusión de dicho sobrecoste por el actor, bien vía fiscal, bien vía amortización del vehículo, bien vía precios de servicio a clientes o con la transmisión.

Pues bien, la valoración que hace el magistrado es plenamente respetuosa con las pautas que el Tribunal Supremo marcó en la sentencia de 9 de noviembre de 2013 (cártel del Azúcar), con las recomendaciones que hace la Guía práctica de la Comisión y con la consecuencia procesal que se deriva de diversa disponibilidad de información por las partes ("asimetría informativa") que, en última instancia, se funda en la regla prevista en el art. 217.7 LEC. Todo ello, conforme a las reglas de la sana crítica que exige el art. 348 LEC.

Partimos aquí de los mismos razonamientos dados en nuestras sentencias de 16 de diciembre de 2016, tal y como recoge la última de las sentencias dictadas, ya citada, de 18 de febrero de 2020, de las que concluimos la correcta valoración hecha por el magistrado, al decir:

"No ponemos en cuestión la profesionalidad de ninguno de los peritos informantes porque somos conscientes de las dificultades que entraña la cuantificación del daño derivada de los ilícitos concurrenciales (lo indica la Guía de la Comisión, elaborada y publicada como instrumento de apoyo). No desconocemos la dificultad y riesgo que supone abordar la práctica de la pericia en los primeros procedimientos planteados, en un escenario de asimetría informativa y de desequilibrio en la posición de las partes, en una materia nueva y compleja como la que nos ocupa, a lo que se añade la singularidad de las conductas sancionadas en el cártel de los camiones frente a las propias de otros cárteles "de núcleo duro".

Las dificultades inherentes a la materia no determinan, sin más, que los informes aportados sean capaces de provocar la convicción judicial si no reúnen los requisitos necesarios para ello. El juez no está vinculado por la opinión del perito (348 de la LEC), de manera que no siempre que se aporte un informe éste servirá para acreditar la cuantía del daño, pues puede tener un punto de partida no compartido por el receptor de la prueba, bien por razón del método empleado, bien por resultar contradicho por otros medios probatorios, o en particular, por un dictamen contradictorio."

Indicábamos, para sostener la inidoneidad del informe del sr. Augusto, lo siguiente, plenamente trasladable:

"Se apoya en estudios de investigación cuya finalidad es ajena a la cuantificación del daño. La Guía afirma que los estudios estadísticos utilizados para fundar la presunción de daño en un porcentaje altísimo de casos, no es extrapolable sin más a la cuantificación por remisión a una media ponderada. Y eso es lo que se ha hecho en este caso, en el que se ha equiparado la media con el porcentaje en que se estima el sobrecoste derivado del intercambio de información en la lista de precios brutos, amén de diferenciar conductas para solicitar diversas indemnizaciones (sobrecoste por una parte, y repercusión de la implementación de las nuevas tecnologías).

Que otro método es posible y que además puede estar dentro de los recomendados por la Guía de la Comisión se desprende no sólo del contrainforme aportado, sino de la simple descripción de datos que extraemos de la documental aportada al proceso, de la que se desprende que en alguno de los procedimientos seguidos en Alemania se han utilizado métodos comparativos, con resultado de porcentajes, para el mismo cártel que nos ocupa, sensiblemente inferiores (horquilla entre el 4, 76% y el 9%, remitiendo a los perjudicados a la obtención de informe pericial en los casos en que pidieron a tanto alzado o porcentajes del 15%, por remisión a estudios estadísticos, que no convencieron a los jueces alemanes).

El informe aportado por las demandadas, cuyo objeto era cuestionar la aptitud del dictamen adverso - ... ha conseguido la finalidad perseguida: destacar la inhabilidad del método utilizado por el Sr. Augusto para cuantificar el daño derivado de la infracción (en línea con la conclusión mayoritaria de los juzgados mercantiles que lo han valorado en la instancia)."

Ello nos llevaría a la procedencia de la estimación del daño y a su concreción.

Decíamos en las sentencias reiteradamente citadas, que al estar impedidos de encontrar soporte en los dictámenes periciales para concretar el alcance del daño y, con ello, concretar el importe de la indemnización

reclamada, debemos proceder, como se hizo oportunamente en la instancia, a llevar a cabo su estimación. En concreto, en la sentencia de 18 de febrero de 2020 se indicaba que:

<<Y ello es así por cuanto, pese a frustrarse el efecto pretendido por el demandante con su pericial, es muy relevante tomar en consideración cuál de las partes dispone de los elementos probatorios que, sometidos al proceso, hubieran sido necesarios para realizar la cuantificación de manera más o menos precisa.

Es la parte demandada la que, sin lugar a dudas, dispone de tales elementos.

Es lo que la Directiva (que, reiteramos, no es de aplicación de ningún modo en nuestro asunto) denomina asimetría informativa, como constatación de una realidad, y en nuestra norma procesal se ubica en el art. 217.7 LEC .

En este sentido, la valoración hecha por el magistrado sobre la distancia de una parte y la proximidad de la otra a los elementos base de una cuantificación; sobre el comportamiento procesal de cada una de las partes en atención a su posición en el proceso y en la concreción del precio de venta del vehículo; debe ser respaldada por esta sala sin invocación alguna de la Directiva tal y como resolvimos en el fundamento jurídico quinto de esta resolución.

La respuesta del tribunal ante esta situación, guiada por los principios equivalencia y de efectividad (contemplados ya en sentencia Manfredi), no puede ser otra que, con los materiales obrantes en autos, tratar de dar una respuesta equilibrada a la pretensión de la perjudicada de manera que alcance reparación sin que ello suponga enriquecimiento indebido por exceso que no ha de soportar el infractor.

La estimación así del alcance del daño se presenta como una cuestión compleja pero de ineludible respuesta en nuestro asunto.

Pues bien, siendo el escenario configurado por las partes en el proceso idéntico al conformado en las tantas veces referidas sentencias de 16 de diciembre de 2019 , procede que reiteremos los argumentos dados allí para confirmar la conclusión económica alcanzada por el magistrado, aunque con diverso fundamento.

"La cuestión relativa a la cuantificación del daño en las resoluciones dictadas en la instancia (publicadas en la base de datos del CENDOJ) ofrece un abanico de posibilidades entre el 5% y el 20,70% postulado por el actor. Así, los Juzgados de lo Mercantil 1 a 3 de Valencia y Mercantil (PI 4) de Jaén (Sentencia, entre otras, de 20 de septiembre de 2019) se han situado en el punto más bajo de la horquilla (5 %, con sustento en los argumentos que, de forma resumida, se contienen en la sentencia apelada que asume el criterio del Juzgado de lo Mercantil 3), y en el más alto del 15% se coloca el Juzgado de lo Mercantil 1 de Bilbao (Sentencia de 3 de abril de 2019). En la franja intermedia: el Juzgado de lo Mercantil 7 de Barcelona (10%, en Sentencia de 12 de septiembre de 2019) y los de León y de Mercantil 1 de Pontevedra (9%, en Sentencias de 2 de septiembre y 16 de octubre de 2019 .)

Esta Sala, atendida la prueba practicada y la información resultante del expediente considera que la cantidad fijada en la sentencia apelada en concepto de daño por sobrecoste (5% del precio del camión litigioso) es proporcionada y debe confirmarse en su cuantía. Sin embargo, no compartimos los argumentos utilizados para fijar el porcentaje indicado. La solución se apoya, como la pericial rechazada, en los estudios estadísticos, pero en lugar de aplicar la media (20%), modera el porcentaje en función de su propio análisis de las tablas e información resultante de ellas.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2006 (ROJ: STS 5866/2006 - ECLI:ES:TS:2006:5866) declara que la cuantificación de las indemnizaciones es competencia exclusiva de los órganos judiciales, valorando caso por caso las pruebas practicadas en autos, sin perjuicio de una eventual revisión en los supuestos que establece el propio tribunal para la casación de la sentencia.

Siendo así, y aunque coincidimos en la cuantía concedida, como no aceptamos la base sobre la que se fija (ni, en consecuencia, la de las resoluciones citadas ut supra, en cuanto sigan el mismo patrón), exponemos seguidamente los argumentos alternativos que nos conducen a considerar adecuado el importe fijado en la sentencia apelada:

7) 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 errar 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 (Sentencia de 16 de diciembre de 1996), esa indemnización no puede consistir en lo que se hubiera podido percibir efectivamente en el proceso del que deriva el daño. De la Sentencia de 20 de mayo de 1996 resulta que la aproximación al alcance de los posibles daños no debe pretender "sustituir lo que pudiera haber sido el resultado definitivo, por ser ello, tarea imposible". Y la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2006 (ya citada) declara que no es de aplicación "el criterio de la libre discrecionalidad del juzgador, propia de los daños morales, a un daño que, ..., no tiene naturaleza moral, sino patrimonial, por más que lo incierto de su cálculo obligue a un juicio de valoración consistente en una previsión probabilística, formulada con la debida prudencia, ..."

Extrapolando tales criterios a la situación que enjuiciamos, no es posible equipar la cuantificación judicial con la equivalente que resultaría de una prueba pericial correctamente planteada.

8) En los procedimientos seguidos ante los tribunales alemanes los perjudicados que han sustentado su reclamación en métodos comparativos, han reclamado cantidades comprendidas entre el 4.76 % y el 9% del precio de adquisición del camión, y con arreglo a lo obrante en dichos procesos, se ha concedido entre el 7% y el 9%. En tales procesos, la parte se apoyó en un método de cuantificación (comparativo) aceptado por los tribunales. No es el caso que nos ocupa, en el que el procedimiento estadístico se ha considerado inadecuado a la finalidad perseguida. Como no procede la equiparación, la consecuencia es la fijación de una cantidad inferior a las máximas identificadas en esos procesos, que utilizamos como mero criterio orientativo, dado que el cártel ha desplegado sus efectos en todo el espacio económico europeo. Ello nos sitúa en el rango del 5%, fijado en la instancia apelada.

9) La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013 rechazó, como criterio de cuantificación, las decisiones "salomónicas", exigiendo al órgano de instancia justificar su decisión. 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 cártel, 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. Augusto, 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.

Estos, entre otros elementos, son los que nos han llevado a la conclusión de mantener la indemnización fijada en la sentencia apelada que corresponda al 5% de la adquisición (excluidos impuestos). Confirmamos así la valoración efectuada por el magistrado de instancia, tal y como en la última de las resoluciones citadas, dictada en fechas recientes por esta Sala, que nos han llevado a la conclusión de que resultapropcedente mantener la indemnización fijada en la sentencia apelada.

CUARTO.- Sobre la consideración errónea de la base de cálculo tenida en cuenta en la sentencia.- Recurso de la parte actora.-

El fundamento jurídico noveno de la resolución recurrida afirma, sobre esta cuestión, con la finalidad de calcular el importe que considera procedente, lo que sigue:

"En tercer lugar, de la prueba documental obrante en autos (Documentos nº 1 y de la demanda, y 1, 2 y 3 del escrito de 25/03/2019 de la parte actora), se depende que el precio del camión fue de 77.000€ más 12.320€ de IVA (Documento nº 1 de la demanda), y que para ello el actor financió la compra en la entidad BANCO DE SABADELL en fecha 3/05/2005 con ve(n)cimiento el 15/03/2010 (Documento nº 3 del escrito de 25/03/2019); y que en fecha 9/01/2007 se emitió factura de compraventa del camión en la cual el actor lo vendía a Benito por 1.411,16€ más 16% de IVA (225,79€), que era el resultante de la diferencia entre el valor del merca(n)do, fijado en 48.000€ y el valor subrogado del leasing por el cliente de 46.588,84€ (Documento nº 2 del escrito de 25/03/2019); efectuándose la subrogación en el leasing en fecha 7/06/2007 en las cuotas pendientes, que ascendían al



importe de 36.960€ (Documento nº 3 del escrito de 25/03/2019). Tomando como referencia el contrato de compraventa de 9/01/2007, de los 77.000€ más 12.320€ de 16% de IVA (en total 89.320€), y descontando la cantidad pendiente en el momento de la compraventa (46.588,84€) la parte actora ha pagado la cantidad de 42.731,16€, habiendo obtenido un beneficio con la compraventa de 1.411,16€, excluyendo el IVA. No se toma como referencia las cantidades pendientes en el momento de subrogación porque transcurren 6 meses desde la compraventa a la subrogación (correcto, subrogación) y es presumible que las cuotas de leasing devengadas desde enero de 2007 las pague el comprador por el contrato de compraventa"

La demandante y recurrente argumenta que en la demanda ya se indicaba que el camión se adquirió por compra directa, que no por leasing, y por precio de 77.000 euros, y puesto que, según lo resuelto por la STS (1ª) núm. 651/2013, de 7 de noviembre, el passing on debe ser probado por la parte que la invoca, en este caso la demandada, y no se ha probado que se haya producido, este medio de defensa ha de verse rechazado. La base de cálculo habría de consistir, pura y simplemente, en la sustracción entre el precio de compra y el de venta (77.000 - 48.000 euros) lo que implica un importe de 29.000 euros, con independencia de que se haya utilizado una u otra forma de financiación (en este caso un préstamo, que no leasing).

La Sala concluye la pertinencia de dicho motivo de recurso.

Hemos resuelto en sentencia de 18 de febrero de 2020, que remite a su vez a sentencia de 20 de diciembre de 2019 (R. 1032/19) que hemos de acudir, para descartar la alegación, efectivamente, a los criterios sentados por la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013 (ROJ: STS 5819/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5819) que señalaba: *"Si los perjudicados por una conducta contraria al Derecho de la competencia ejercitan las acciones pertinentes para hacer efectivo su derecho a ser indemnizados por los daños sufridos como consecuencia de esa conducta ilícita, la carga de la prueba de los hechos que obstan el éxito de la acción corresponde al demandado que los alega."* Y añade más adelante: *"en el caso de reclamación indemnización por los daños causados por la actuación del cartel consistente en la concertación del incremento de precios, no es suficiente probar que el comprador directo ha aumentado también el precio de sus productos. Es necesario probar que con ese aumento del precio cobrado a sus clientes ha logrado repercutir el daño sufrido por el aumento del precio consecuencia de la actuación del cartel. (...) No se ha practicado prueba adecuada para acreditar tal extremo, pues la prueba propuesta y practicada solo acredita extremos relativos a la repercusión del aumento del precio. La inactividad probatoria de la parte demandada sobre este particular ha sido casi absoluta por cuanto que partía de la base de que no había existido cartel y los precios habían sido negociados."*

Y, como indica la parte actora y recurrente, lo cierto es que el camión efectivamente se transmitió a su hijo, que abonó la deuda pendiente en ese momento, siendo el precio de transmisión de 48.000 euros, por lo que los cálculos del juzgador tienen en cuenta parámetros diversos de los aplicados por esta Sala (sentencia de 23 de enero de 2020 (ROJ: **SAP V 292/2020** - ECLI:ES:APV:2020:292), ponente Sra. Martorell en rollo de apelación 1147/19) aunque sí hemos tomado en consideración la cantidad efectivamente abonada sobre el precio sin IVA, que es a lo que alude el recurrente.

Por ello el importe debe ser incrementado en el 5% del importe obtenido tras la sustracción del precio de venta respecto del precio de compra, lo que comporta que se acoja, en parte, el recurso de la parte demandante y se incremente el importe a abonar por la demandada a 1.450 euros.

QUINTO.- Intereses. Motivo de recurso de la parte actora y de la demandada.

La sentencia recurrida concede los intereses desde la demanda y el actor recurre tal pronunciamiento al considerar que lo pertinente sería concederlos desde la compra del vehículo por las razones que esgrime.

Al respecto de los intereses como elemento integrante de la reparación, el apartado 20 de la Guía Práctica establece lo siguiente:

"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. Estos efectos son la depreciación monetaria y la oportunidad perdida para la parte perjudicada de tener el capital a su disposición. La legislación nacional debe tener en cuenta estos efectos como interés legal u otras formas de interés, siempre que se ajusten a los principios de efectividad y de equivalencia antes citados."

De acuerdo con tal recomendación, en nuestras sentencias arriba citadas señalábamos:

"La Sentencia del TJUE de 13 de julio de 2006, afirma que los perjudicados no sólo deben poder solicitar la reparación del daño emergente, sino también del lucro cesante, así como el pago de intereses, y estos han sido solicitados en el escrito de demanda, en los términos que explicaremos más adelante."

Respecto al devengo de intereses y el momento a partir del cual se generan, se hace cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2012 (ROJ: STS 5462/2012 - ECLI:ES:TS:2012:5462) cuando afirma "el pago de los intereses legales no ha sido impuesto a la recurrente por el Tribunal de apelación por el hecho de haber incurrido en mora, sino por haber sido calificada su deuda indemnizatoria como de valor, en el sentido de directamente relacionada con el poder adquisitivo de la moneda. / Los intereses constituyen uno de los medios de corregir los rigores nominalistas y de acercarse a la íntegra reparación del daño con la satisfacción determinada por la idea de una real equivalencia. Dicho criterio no es ajeno a la jurisprudencia - sentencias 601/1992, de 15 de junio , 1068/1998, de 21 de noviembre , 655/2007, de 14 de junio , entre otras-, que se ha servido de él para atender a las fluctuaciones del valor adquisitivo del dinero, incluso las producidas durante la tramitación del proceso. / Ello sentado, es regla que la cuantía de la indemnización no puede revisarse en casación y, aunque quepa hacerlo respecto a las bases en que se asiente su determinación - sentencia 1104/2006, de 20 de diciembre y las que en ella se citan -, éstas, en el caso, no pueden considerarse incorrectas."

El suplico no es claro, porque los intereses procesales no se devengan desde la interposición de la demanda, sino, en su caso, desde la sentencia (conforme al artículo 576 de la LEC). Y del apartado c) del Fundamento Décimo de la demanda no resulta el momento a partir del cual se postulan los intereses por cuanto que se trata de un fundamento genérico sobre "Daño emergente, lucro cesante e intereses". Esto ha motivado alguna interpretación divergente, de esta Sala, sobre la cuestión, directamente vinculada a la inaceptable imprecisión del suplico y la confusión entre intereses por mora e intereses procesales.

Ello no obstante, hemos de concluir, con la sentencia de 16 de diciembre de 2019, tantas veces indicada, que 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.

Estimamos, en consecuencia, el motivo de apelación y revocamos la resolución de instancia en este pronunciamiento.

SEXTO.- Costas de la primera instancia y de la apelación.

6.1. Pronunciamiento sobre costas de la primera instancia.

La estimación de la demanda es parcial y, en consecuencia, el pronunciamiento dictado en la instancia en materia de costas es correcto y ajustado al tenor del artículo 394 de la LEC, máxime cuando nos encontramos ante una materia compleja y novedosa.

6.2. Costas de la apelación.

Recurso de la demandante.

La parcial estimación del recurso de apelación implica - con arreglo al artículo 398 de la LEC - que cada una de las partes soporte las costas causadas por su intervención en la alzada y las comunes por mitad, con restitución a la entidad demandante del importe del depósito constituido para apelar, reglado en la Disposición Adicional 15 de la LOPJ.

6.3 Recurso de la demandada.

La desestimación del recurso de apelación de la demandada determinaría, a priori, la imposición de las costas procesales con arreglo al artículo 398 de la LEC. Sin embargo, concurren razones para no hacer tal imposición de costas, tanto por razón de la complejidad de las cuestiones sometidas a nuestra decisión, como por la existencia de pronunciamientos judiciales en la instancia de diverso signo (tanto en materia de prescripción, como de valoración de la concurrencia de los presupuestos de la acción ejercitada, o finalmente, de la cuantificación del daño), lo que nos conduce a no imponer costas a ninguna de las partes litigantes.

No obstante, declaramos la pérdida del importe del depósito constituido para apelar a que se refiere al Disposición Adicional 15 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Vistos los preceptos legales, concordantes y demás de general y pertinente aplicación, así como, entre otras, la Sentencia de la Sala Segunda del TJUE de 28 de marzo de 2019 (C-637/17)

FALLO



ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso interpuesto por la representación procesal de D. Santiago contra la sentencia del Juzgado Mercantil nº 2 de los de Valencia de 17 de julio de 2019, en los siguientes particulares:

1.- La suma a abonar al demandante recurrente será de 1.450 euros, en lugar de la indicada en la sentencia recurrida.

2.- Se condena al pago por la demandada de los intereses legales desde la fecha de adquisición del camión.

Sin hacer pronunciamiento impositivo respecto de las costas de este recurso, y acordando el reintegro del depósito para recurrir a la parte demandante apelante.

DESESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por la representación de MAN SE 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 la pérdida del depósito constituido por la parte demandada para apelar.

Notifíquese esta resolución a las partes y, de conformidad con lo establecido en el artículo 207.4 Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, una vez transcurridos los plazos previstos, en su caso, para recurrir sin haberse impugnado, quedará firme, sin necesidad de ulterior declaración; procediéndose a devolver los autos originales, junto con certificación literal de la presente resolución y el oportuno oficio, al Juzgado de su procedencia.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dicto, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Novena de la Audiencia Provincial en el día de la fecha. Doy fe.

DILIGENCIA DE CONSTANCIA.

1.-Conforme al contenido del artículo 2.2. del RDL 16/2020, de 28 de abril, de Medidas Procesales y Organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, el plazo para la interposición de los eventuales recursos contra la sentencia dictada en el presente Rollo de apelación queda ampliado por un plazo igual al previsto en los artículos 470 y 479 de la LEC, según y en los casos en que proceda.

2.-Conforme al artículo 8 del RDL 537/20, de 22 de mayo (BOE 23 de mayo de 2020), la **suspensión de plazos procesales se alzarán con efectos del 4 de junio de 2020.**