

Juzgado Mercantil núm. 3 de Valencia

Juicio ordinario 1017/19

SENTENCIA NÚM. 24/2023

En Valencia, a 10 de marzo de 2023.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La representación procesal de [REDACTED] y otros formuló, en fecha de 11 de octubre de 2019 (registro informático), demanda de juicio ordinario contra [REDACTED], en ejercicio de acción de daños y perjuicios por infracción del Derecho de la Competencia en el artículo 101 TFUE, con fundamento adyacente en el artículo 1902 CC. Concluyó suplicando:

“(...) se dicte en su día Sentencia por la que:

PRIMERO: Se declare que la entidad mercantil demandada es responsable solidaria de los daños sufridos por mi/s mandante/s como consecuencia de la infracción del Derecho de la Competencia declarada por la Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016, asunto AT.39824. SEGUNDO: Se condene a la demanda:

1.- Al pago a [REDACTED] de 253.392,54 euros en concepto de daños y perjuicios sufridos, correspondiendo 188.785,82 euros al sobreprecio satisfecho y 64.606,72 euros a la actualización -a fecha de la redacción del informe pericial de dicho importe, mediante aplicación del interés legal del dinero, más los intereses que se devenguen desde dicha fecha hasta el completo pago.

2.- Al pago a [REDACTED] de 26.813,31 euros en concepto de daños y perjuicios sufridos, correspondiendo 17.862,49 euros al sobreprecio satisfecho y 8.950,82 euros a la actualización -a fecha de redacción del informe pericial de dicho importe mediante aplicación del interés legal del dinero, más los intereses que se devenguen desde dicha fecha hasta el completo pago.

TERCERO: Se condene a la demandada al pago de las costas de este proceso, por su proceder contrario al Ordenamiento Jurídico”.

Las alegaciones de los demandantes pueden resumirse así:

1.- Durante el período 1997-2011, la demandada se coordinó con otras compañías europeas fabricantes de camiones para establecer precios de venta y retrasar la introducción en el mercado de nuevas tecnologías, como infracción anticompetitiva apreciada por la Comisión Europea (“la Comisión”) mediante decisión de 19 de julio de 2016 (“la Decisión”). La infracción consistió en la fijación e incremento de los precios brutos de los camiones, con afectación de sus precios netos y la repercusión de los costes para la introducción de las nuevas tecnologías de control de emisiones contaminantes. Los productos afectados por la conducta fueron los camiones con un peso de entre 6-16 toneladas (camiones medios) y los camiones de más de 16 toneladas, tanto rígidos como cabezas tractoras.

2.- Durante el período de duración del cártel, los actores adquirieron diversos camiones de las marcas “Mercedes”, “Renault” e “Iveco”, de las características técnicas de los afectados por la conducta sancionada. ■■■■■ es fabricante de camiones ■■■■■

3.- A resultas de esa conducta imputable a la demandada, los demandantes afirman haber sufrido daños en forma de sobrecoste de los vehículos adquiridos. Los actores presentan un informe de experto que cuantifica el daño sufrido con desarrollo de un modelo sincrónico. Para la aplicación del modelo, se parte de las listas de precios brutos de los fabricantes de camiones medios y pesados, procedentes de la información proporcionada directamente por las empresas fabricantes a las revistas especializadas publicadas en España durante los años de duración del cártel. Por otra parte, para la reconstrucción del mercado analógico se parte de una lista de precios brutos de camiones ligeros procedentes de la misma fuente, así como una lista de precios brutos de furgonetas. Se escogen como variables de control las que se consideran adecuadas para el desarrollo del modelo (potencia, masa, marca, norma euro, tiempo, desechando las restantes variables posibles por no considerarse significativas). Tras la expresión de las fórmulas empleadas para la recreación de los mercados factual y contrafactual, se explicitan los fundamentos técnicos de las estimaciones econométricas que justifican la constatación de un sobreprecio medio en el mercado cartelizado del 16'35%, enunciándose a su vez las claves del modelo que permiten desagregar esos resultados medios para expresar la cuantificación de sobrecostes en cada ejercicio económico de duración del cártel.

Segundo.- La demanda fue admitida a trámite mediante decreto de 17 de junio de 2020, que acordó el traslado de la misma y de los documentos acompañados, con emplazamiento para contestación a la demanda.

Tercero.- La representación procesal de ■■■■■ solicitó, en fecha de 11 de agosto de 2020, la intervención provocada en el proceso de Renault Trucks SAS e Iveco SPA, con invocación del artículo 14 LEC. ■■■■■ señaló que una parte de los vehículos a los que se refiere la demanda no fueron fabricados por ella sino por otros destinatarios de la Decisión, de manera que, de seguirse el proceso en ausencia de esos fabricantes, se conculcaría su derecho de defensa y el de la propia ■■■■■ en la medida en que la determinación del precio que pagan clientes como los demandantes por la adquisición de unos camiones es un proceso en el que concurren multitud de factores que son distintos para cada fabricante y que, por lo tanto, son ajenos a ■■■■■ respecto de los vehículos que han sido fabricados y comercializados por otros.

Cuarto.- Mediante auto de 22 de septiembre de 2020, rechazé esa petición, toda vez que el mecanismo contemplado en el artículo 14 LEC únicamente permite la intervención provocada de terceros no inicialmente demandados en el proceso en supuestos de expresa habilitación legal, que en el caso no concurría para la legislación española. Mediante auto de 23 de octubre de 2020, tras el recurso de reposición formulado por ■■■■■ confirmé la anterior decisión. De este modo, el proceso siguió su normal tramitación con la sola participación de ■■■■■ en la condición de demandado.

Quinto.- ■■■■■ contestó a la demanda en fecha de 12 de noviembre de 2020, para solicitar su desestimación con condena en costas.

Los argumentos de la parte demandada pueden resumirse así:

1.- Este proceso debe resolverse con la sola aplicación de la legislación nacional.

2.- La actora no presenta ningún documento que pueda demostrar la adquisición de los vehículos con matrícula [REDACTED] Tampoco acredita debidamente el precio de los vehículos con número de matrícula [REDACTED] Igual sucede respecto del pago de las cuotas y/o el ejercicio de la opción de compra de los vehículos con matrícula [REDACTED] adquiridos mediante contrato de leasing.

3.- La infracción constatada por la Comisión no es de la especie que permite desarrollar una presunción de daño y este no resulta acreditado por el informe pericial de experto presentado por la parte actora. La actora no ha satisfecho las cargas probatorias inherentes a la prueba del daño y su adecuada cuantificación.

4.- Por el contrario, en fecha de 26 de enero y 6 de marzo de 2021, [REDACTED] presentó su propio informe de experto, de refutación del presentado por la actora mediante el desarrollo de una intensa crítica sobre sus fundamentos, asunciones y metodología, así como mediante un estudio diacrónico que procura la comparación entre los precios netos de [REDACTED] durante la infracción con los precios netos aplicados después de que la infracción hubiera cesado, considerando las diferencias en términos de demanda, costes y variaciones de producto que se produjeron a lo largo de ese tiempo. El equipo pericial afirmaba encontrarse en disposición de los precios de los camiones [REDACTED] desde el año 1999. En particular, el análisis se había desarrollado considerando el nivel de precios de concesionario, puesto que [REDACTED] no tendría acceso sistemático a los precios que esos concesionarios cobran a clientes finales, siendo ese el cauce habitual de comercialización de vehículos [REDACTED] en España.

5.- La estimación judicial del daño no debe resultar accesible en aquellos supuestos de insuficiencia de la actividad probatoria del presunto perjudicado o cuando su estrategia incrementa el grado de incertidumbre del proceso (con reproducción del auto de este juzgado de 7 de febrero de 2020).

6.- Subsidiariamente, cualquier hipotético daño sufrido por los actores se habría trasladado a terceros, por incremento del precio de sus servicios profesionales o por reventa del vehículo afectado por la Decisión. Los vehículos con número de matrícula [REDACTED] fueron revendidos.

7.- No resultan de aplicación los intereses liquidados por la parte actora.

Sexto.- Las partes fueron convocadas para la celebración de audiencia previa, que tuvo lugar el día 28 de enero de 2021, de cuyo contenido se dejó constancia mediante soporte digital y diligencia de ordenación del mismo día. Durante la celebración de la vista, tras el ofrecimiento expreso de [REDACTED] y la aceptación de este por la parte demandante, se resolvió el acceso de los actores a los datos tomados en consideración por el informe de experto presentado por [REDACTED] con la doble finalidad de permitir la crítica más profunda de ese informe pericial y la eventual reformulación del informe pericial presentado previamente por la actora. El acceso se instrumentalizaría a través de una sala de datos, cuya logística fue organizada de la siguiente manera: se desarrollaría en la sede de la dirección letrada de [REDACTED] durante una semana en horario laboral, a dicha sala accederían los peritos y abogados de una y otra parte, se pondrían a disposición todos los datos empleados en el informe pericial de [REDACTED] junto con los comandos y métodos de procesamiento igualmente utilizados, dispuestos en un ordenador propiedad de [REDACTED] y dotado con el software adecuado para el análisis de esos datos y la recreación de sus modelos, encontrándose habilitada la parte actora para reproducir y extraer de la sala un muestreo

de datos suficiente con el que cumplir con la finalidad de la medida de acceso, permitiéndose la posterior reelaboración de su dictamen pericial de forma previa a la celebración de vista principal del juicio, que fue señalada para el día 25 de marzo de 2021.

Séptimo.- En fecha de 18 de marzo de 2021, la parte demandante presentó un informe técnico sobre los resultados obtenidos mediante la celebración de la medida de acceso a fuentes de prueba.

Octavo.- Llegado el día de la vista principal del juicio, fueron agotadas sus finalidades. En particular, se practicó la crítica oral de los dictámenes periciales presentados por una y otra parte. Tras las conclusiones de ambas partes y antes de declarar los autos vistos para sentencia, anuncié el pronunciamiento de providencia de suspensión de ese último plazo.

Noveno.- En efecto, mediante providencia de 25 de marzo de 2021 acordé la suspensión del plazo para el pronunciamiento de sentencia y, de conformidad con lo previsto en los artículos 267 TFUE y 4 bis.2 LOPJ, recabé la opinión de las partes sobre la oportunidad de plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. En particular, les propuse indagar sobre la compatibilidad del derecho al pleno resarcimiento en el artículo 101 TFUE con el régimen de vencimiento objetivo y costas procesales en el artículo 394.2 LEC, la eventual subsistencia de asimetrías informativas o dificultades probatorias como fundamento del ejercicio judicial de la estimación de los daños sufridos por el actor tras el acceso de este a los datos en los que el propio demandado basa su informe de experto y la eventual subsistencia de asimetrías informativas o dificultades probatorias con la misma funcionalidad en el caso de que la pretensión indemnizatoria se dirija contra un destinatario de la infracción que no comercializó el producto o servicio adquirido por el perjudicado y en cuya adquisición funda el daño que reclama en el proceso. Ambas partes realizaron alegaciones sobre la oportunidad y contenido del planteamiento de la cuestión.

Décimo.- Mediante auto de 10 de mayo de 2021, justifiqué y propuse al Tribunal de Justicia la resolución de las siguientes cuestiones prejudiciales:

“11.- Del resumen de hechos pertinentes y para emitir un fallo en este caso, considero que resulta necesario una previa decisión del Tribunal sobre la interpretación del Derecho de la Unión, con el alcance del artículo 267 TFUE, sobre la compatibilidad del régimen español de distribución de costas procesales y el derecho al pleno resarcimiento del perjudicado por una infracción del Derecho de la Competencia y sobre la interpretación de la noción de imposibilidad o dificultad excesiva en el desarrollo de la actividad probatoria de ese perjudicado, como presupuesto para la cuantificación judicial y alternativa del daño eventualmente sufrido, en su relación con las capacidades de contradicción y defensa del demandado y los límites que, por tal motivo, debe imponerse a la discrecionalidad judicial.

(...)

(petición de decisión prejudicial)

Acuerdo elevar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuestión prejudicial, que se concreta en las siguientes preguntas:

(i) *¿Es compatible con el derecho al pleno resarcimiento del perjudicado por una conducta anticompetitiva en el artículo 101 TFUE y según la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, el régimen previsto en el artículo 394.2 LEC y que permite que ese perjudicado cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas como sobreprecio y que le son restituidas a raíz de la estimación parcial de su pretensión resarcitoria, que como presupuesto declarativo asume la existencia de una infracción anticompetitiva y su nexo causal con la producción de un perjuicio, que ciertamente se reconoce, cuantifica y concede como resultado del proceso?*

(ii) *¿La facultad del órgano jurisdiccional nacional para la estimación del importe de los daños y perjuicios permite la cuantificación de los mismos de forma subsidiaria y autónoma, por constatarse una situación de asimetría informativa o dificultades de cuantificación irresolubles que no deben obstaculizar el derecho al pleno resarcimiento del perjudicado por una práctica anticompetitiva en el artículo 101 TFUE y en su relación con el artículo 47 de la Carta, incluso en el caso de que el perjudicado por una infracción anticompetitiva consistente en un cártel generador de sobreprecio, ha tenido acceso durante el curso del proceso a los datos en los que el propio demandado basa su estudio de experto para excluir la existencia de daño indemnizable?*

(iii) *¿La facultad del órgano jurisdiccional nacional para la estimación del importe de los daños y perjuicios permite la cuantificación de los mismos de forma subsidiaria y autónoma, por constatarse una situación de asimetría informativa o dificultades de cuantificación irresolubles que no deben obstaculizar el derecho al pleno resarcimiento del perjudicado por una práctica anticompetitiva en el artículo 101 TFUE y en su relación con el artículo 47 de la Carta, incluso en el caso de que un perjudicado por una infracción anticompetitiva consistente en un cártel generador de sobreprecio, dirija su pretensión de resarcimiento contra uno de los destinatarios de la Decisión administrativa, responsable solidario de esos daños, pero que no comercializó el producto o servicio adquirido por el perjudicado en cuestión?"*

Undécimo.- Mediante STJUE, 2ª, de 16 de febrero de 2023, asunto C-312/21, el Tribunal contestó a las cuestiones planteadas de la siguiente forma:

"(e)n virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

1) El artículo 101 TFUE y el artículo 3, apartados 1 y 2, de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una norma procesal civil nacional en virtud de la cual, en caso de estimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará sus propias costas y la mitad de las costas comunes, salvo en caso de litigación temeraria.

2) El artículo 17, apartado 1, de la Directiva 2014/104 debe interpretarse en el sentido de que ni la circunstancia de que la parte demandada en una acción incluida en el ámbito de aplicación de esta Directiva haya puesto a disposición de la parte

demandante la información en que se haya basado para refutar el informe pericial de esta última ni el hecho de que la parte demandante haya dirigido su reclamación solamente contra uno de los autores de dicha infracción son pertinentes, en sí mismos, para apreciar si los órganos jurisdiccionales nacionales están facultados para estimar el perjuicio, ya que esta estimación presupone, por un lado, que se haya acreditado la existencia del perjuicio y, por otro lado, que sea prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlo con precisión, lo que implica tomar en consideración el conjunto de los parámetros que llevan a tal conclusión, en particular el carácter infructuoso de trámites como la solicitud de exhibición de pruebas establecida en el artículo 5 de dicha Directiva”.

Duodécimo.- Mediante auto de 21 de febrero de 2023, concedí a las partes un nuevo trámite de alegaciones complementarias, eventual práctica de diligencias finales y conclusiones.

Decimotercero.- ■■■■■ realizó alegaciones en fecha de 1 de marzo de 2023. Junto a una recensión de los hechos relevantes para la solución del caso y valoración de los medios de prueba practicados, quiso ofrecer un análisis particular de lo resuelto por el Tribunal de Justicia. En síntesis, ■■■■■ considera que la respuesta del Tribunal distancia con claridad los Derechos de la Competencia y de Consumo, señala que es obligación del demandante probar la existencia y la cuantía del daño reclamado, enfatiza que el juez carece de atribuciones para diluir o suavizar esa carga, expresa que la legislación comunitaria y nacional ofrecen remedios específicos para superar las dificultades probatorias en el proceso y, por último, que solo cuando esos remedios específicos se han utilizado convenientemente puede el juez examinar si concurren los requisitos necesarios para una estimación judicial del daño, pero sin que esta facultad pueda ser utilizada para hurtar la adecuada valoración de los medios de prueba practicados en el caso.

Decimocuarto.- La parte actora realizó alegaciones en fecha de 2 de marzo de 2023, con el mismo alcance y propósito que las anteriores. Respecto de lo resuelto por el Tribunal de Justicia, considera que el ofrecimiento de datos para la cuantificación del daño por parte de la demandada y su eventual utilización por la parte actora no son relevantes para el uso de la facultad de estimación judicial del daño, como tampoco el extremo de que el actor interponga su acción contra un infractor distinto de aquel con quien sostuvo una relación contractual. Considera igualmente que la estimación judicial del daño solamente puede estar vedada para aquellos supuestos de inactividad probatoria del actor, lo que no sucede en este caso. En relación con las costas procesales, se enfatiza que la respuesta del Tribunal admite la compatibilidad con el Derecho Comunitario de la doctrina jurisprudencial nacional sobre la estimación sustancial de la demanda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Estimación de la demanda.

1.- Debo estimar la demanda formulada por la parte actora, al considerar que, partiendo de las evidencias que resultan de la Decisión que ha dado lugar a la interposición de la demanda y de las presunciones que eso permite desarrollar en el caso, su actividad de postulación y prueba es suficiente para la cuantificación del daño sufrido a resultas de la infracción que allí se describe. Todo para los estándares de valoración probatoria que deben ser específicamente empleados en un proceso *follow on* y mientras la demandada no ha refutado la presunción de existencia del daño derivado de la infracción, no ofrece una cuantificación del daño alternativa de la propuesta por la

actora que sea asumible y, por fin, no ha articulado convenientemente la defensa por eventual repercusión de sobrecostes.

2.- Así, alcanzaré ese resultado para la instancia, fundamentalmente, partiendo de las siguientes asunciones:

(i) Que la Decisión, que es origen de este caso, describe una infracción consistente en un cártel generador de sobreprecio.

(ii) Que, mientras la demandada y cartelista no demuestre lo contrario, los cárteles generadores de sobreprecio causan daño susceptible de ser indemnizado a clientes de la clase de los de la parte actora.

(iii) Que, para la aplicación privada del Derecho de la Competencia, el intento de cuantificación que está llamado a realizar el lesionado se contenta con la recreación de un escenario hipotético pero razonable sobre la extensión del daño sufrido, lo que no quiere decir que ese escenario deba partir siempre de la constatación real del daño, por haber hallado un vestigio probatorio auténtico e incuestionable sobre su extensión, de manera que el informe de experto que se aporte a continuación para cuantificarlo sea de todo punto irrefutable, como elemento probatorio tan extraordinario que no necesita la solución del caso.

(iv) Por eso, consideraré igualmente que, para la solución final del caso, no sucede nada si el intento de cuantificación realizado por el actor presenta algunas contradicciones o debilidades, pues la ciencia económica está sujeta a sus propias controversias y de lo que se trata es de que el escenario propuesto sea lo suficientemente plausible y razonable. De este modo, en mi proceso de convicción, el informe pericial presentado por la actora reunirá suficientemente esas características.

(v) Todo eso, al menos, mientras la parte demandada no ha acreditado ni que el modelo de cuantificación empleado por la parte actora es absolutamente inservible, ni que los datos sobre los que se asienta son absolutamente erróneos y en la medida en que no ha ofrecido una cuantificación alternativa del daño compensable que resulte más razonable, por plausible y justificada, que la ofrecida por la parte actora, ni unas bases de moderación prudentes de su dictamen pericial, que se contenta con refutar en términos absolutos. Por el contrario, consideraré que la demandada se afana empecinadamente en solicitar la desestimación de la demanda, que es la única posición que ha sostenido desde la primera que vez que tuvo ocasión de litigar ante este juzgado. Para eso niega la evidencia económica que demuestra que el cártel sancionado por la Comisión generó efectos en el mercado y que estos deben resultar cuantificables en forma alguna, sugiriendo una interpretación de las instituciones procesales aplicables a la distribución de cargas y umbral de exigencia probatoria a modo de laberinto extenuante, que no compartiré. Por fin, no aceptaré que la solución del caso deba alcanzarse mediante una suerte de desafío econométrico al que el juez deba verse conminado, por más que sí asumiré, en su mayor parte, la interpretación que se ofrece de lo resuelto por el Tribunal de Justicia sobre los presupuestos de aplicación y finalidad de la facultad de estimación judicial del daño.

(vi) Lo anterior no impedirá reprochar, por desleal, la conducta de la parte actora, sus letrados y peritos, cuando han despreciado injustificadamente las oportunidades concedidas por el juzgado para hacer de la solución del caso una más asequible y transparente, mediante una actividad probatoria más intensa y colaborativa. Esa será la razón por la que advertiré que la solución del caso es dudosa.

3.- Para alcanzar ese resultado de la instancia abordaré, en los fundamentos siguientes y de acuerdo con el tratamiento sistemático que ahora diré, estas cuestiones:

(i) Expondré el sustrato de jurisprudencia menor aplicable a la solución de casos semejantes, como precursor de la necesidad de planteamiento de la cuestión prejudicial.

(ii) Ofreceré una interpretación consistente de lo resuelto por el Tribunal de Justicia.

(iii) Abandonaré la toma de posición de la Audiencia Provincial de Valencia sobre el extremo anterior.

(iv) Apreciaré la legitimación de las partes y la vigencia de la acción ejercitada.

(v) Analizaré los dictámenes periciales aportados a las actuaciones, para reconocer que la parte actora ofrece una cuantificación del daño sufrido razonable y plausible, que colma los requisitos que deben resultar aplicables para la solución del caso, mientras que la demandada se ha centrado en una labor de crítica intensa del examen anterior, no ofrece un relato jurídica y económicamente asumible sobre la infracción y su actividad probatoria no permite una cuantificación alternativa del daño.

(vi) Excluiré la aplicación al caso de la defensa basada en la repercusión de sobrecostes, por considerar que no ha sido adecuadamente articulada y probada.

(vii) Apreciaré que la solución del caso es dudosa en términos de hecho, para excluir la imposición de costas procesales.

Segundo.- La regla de jurisprudencia menor aplicable a la solución de este caso hasta el pronunciamiento de la STJUE, 2ª, de 16 de febrero de 2023, asunto C-312/21.

4.- Al tiempo de planteamiento de cuestión prejudicial y hasta el pronunciamiento de la sentencia que la ha resuelto, este juzgado y la Audiencia Provincial que le es inmediatamente superior han tenido oportunidad reiterada de resolver procesos *follow on* de objeto idéntico al presente, seguidos a raíz de la misma Decisión y en los que se ventilan las mismas cuestiones controvertidas que son de ver aquí. Por aplicación consistente de la doctrina jurisprudencial de la Audiencia Provincial de Valencia, todos esos procesos han sido resueltos de manera sustancialmente homogénea y recurrente en cuanto a los puntos controvertidos en ambas instancias.

5.- Durante ese lapso, por ese motivo, para la solución de estos grupos de casos he declinado la oportunidad de ofrecer una fundamentación minuciosa y prolija para la depuración de cada una de estas cuestiones.

6.- He considerado que eso no integraba una lesión de la carga de motivación que pesa sobre el juzgador (arts. 24 y 120.3 CE y 218 LEC). Bastaba con la reproducción de la doctrina jurisprudencial de la Audiencia Provincial de Valencia, que se ha asentado fundamentalmente desde la corrección de los criterios ofrecidos por este juzgado, todo mediante un diálogo respetuoso y circunscrito a la relación de competencias funcionales que informa el desempeño jurisdiccional de cada órgano. En este punto, quiero comenzar aquí nuevamente por expresar enfáticamente mi reconocimiento intelectual a la labor jurisdiccional de la Audiencia Provincial de Valencia.

7.- En términos de determinación del régimen aplicable a la solución del caso, desde el pronunciamiento de la SJM núm. 3 de Valencia de 20 de febrero de 2019 sostuve que aquí resultaba

aplicable la regla general del artículo 1902 CC, matizada por la interpretación conforme de la Directiva de daños y el germen normativo del artículo 101 TFUE. Eso entrañaba el problema de la eventual irretroactividad de la Directiva de daños, siquiera por vía de su aplicación mediante interpretación conforme. Con todo, la SAP Valencia, 9ª, de 16 de diciembre de 2019, ponente Purificación Martorell Zulueta quiso superar esta discusión, al expresar que, para la solución de estos casos, no debe darse una interpretación conforme de la regla del artículo 1902 CC con la Directiva de daños, sino que bastaba hacerlo respecto de la doctrina jurisprudencial aplicable a los ilícitos *follow on*, como solución que provoca un marco homogéneo para la solución de estos litigios en uno u otro caso, así en el FJ 7º:

“Como resulta de la sentencia apelada y de la STJUE de 28/3/19 (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 art. 1902 CC (en conexión con el art. 1106 del mismo cuerpo legal) cuando la acción que se ejercita es de reclamación de daños por infracción de las normas de la competencia”.

8.- Creo que esta visión no se ajusta de manera perfecta a lo resuelto mediante STJUE, de 22 de junio de 2022, asunto C-267/20, Volvo AB y Daf Trucks NV v. RM. Pero considero que los matices entre ese cuerpo de jurisprudencia menor y lo últimamente establecido por el Tribunal de Justicia no imponen conclusiones relevantes para la solución del caso. Declino entonces la oportunidad de ofrecer una exégesis minuciosa de ese pronunciamiento.

9.- En materia de legitimación activa, para acreditar la realidad del pago del precio de adquisición del vehículo, presupuesto del daño cuya compensación se reclama, he aceptado como actividad probatoria suficiente para estimar la concurrencia de este presupuesto la presentación de documentos justificativos de la celebración de contratos de compraventa, sin necesidad de justificación añadida del pago del precio del contrato, en el contexto de un tráfico presidido por las reglas de la buena fe y según el carácter suficiente de la factura de venta, como documento habitual en el tráfico para acreditar la consumación del contrato. También he aceptado la presentación de documentos justificativos del agotamiento de los contratos de arrendamiento financiero o renting (carta de pago, notas del Registro de Bienes Muebles que justifiquen la ausencia de cargas relativas al contrato de leasing o facturas de reventa que justifiquen el pleno dominio sobre el vehículo transmitido a un tercero). En definitiva, sostuve que no basta con la sola presentación de las pólizas de otorgamiento de esos contratos, ni certificados administrativos. La diferencia en uno y otro caso me parecía evidente. Salvo en una compraventa con precio aplazado, la factura razonablemente documenta la consumación de la operación. Pero considero que la sola aportación de la póliza de contrato de leasing o cierta documentación administrativa adicional, no justifican el pago parcial o total de las cuotas y opción de compra asociadas a estos contratos. Sin embargo, la doctrina de la Audiencia Provincial de Valencia ha corregido esta toma de posición personal, al optar por un criterio de exigencia probatoria más laxo y con concesión de mayor importancia a los indicios presentes en el caso de que se trate (SAP, 9º, de 15 de junio de 2020, ponente Purificación Martorell Zulueta).

10.- En materia de legitimación pasiva, la SAP Valencia, 9ª, núm. 1614/19, de 5 de diciembre de 2019, ponente Purificación Martorell Zulueta, de revocación de la SJM núm. 3 de Valencia de 20 de febrero de 2019, excluyó la posibilidad de ejercicio de una acción *follow on* respecto de una sociedad filial no destinataria de la Decisión. Esta última toma de posición ha sido superada, como es sabido, por el desarrollo de la jurisprudencia comunitaria (STJUE, Gran Sala, de 6 de octubre de 2021, Sumal).

11.- A su vez, en la misma materia, desde el pronunciamiento de la SJM núm. 3 de Valencia, de 15 de mayo de 2019, he apreciado la legitimación pasiva de cualquier empresa destinataria de la Decisión, respecto de las demandas entabladas por cualquier vehículo adquirido al grupo empresarial del que forma parte como destinataria o de otra unidad económica infractora, en cualquier espacio y tiempo de afectación de la conducta cartelizada. He señalado que eso debía darse por una interpretación de la regla jurisprudencial sobre la responsabilidad solidaria impropia con los nuevos desarrollos del artículo 11 de la Directiva de daños. Donde quisiera señalarse que esta visión no es compatible con la citada STJUE, de 22 de junio de 2022, asunto C-267/20, Volvo AB y Daf Trucks NV v. RM, todavía subsistiría la aplicación directa y bastante de esa teoría de imputación de desarrollo nacional y extracontractual. Esa es la conclusión que resulta del carácter único y continuado de la infracción sancionada. En realidad, este criterio nunca ha sido cuestionado en términos de imputación de responsabilidad, aunque sí ha dado lugar a una discusión adicional que, en mi opinión, justificaba el planteamiento de cuestión prejudicial en su relación con las bases adecuadas para un ejercicio de estimación judicial del daño.

12.- En materia de prescripción, se ha aceptado la aplicabilidad del plazo anual al que se refiere el artículo 1968 CC y se ha fijado el *dies a quo* del cómputo del plazo en el momento de publicación de la versión no confidencial de la Decisión. En efecto, mi visión personal sobre la cuestión resultó compatible con la expresada por la SAP Valencia, 9º, de 16 de diciembre de 2019, FJ 6º, cuando resolvió que:

“(…) La publicación de una nota informativa de dos o tres páginas (respecto de la extensión de la versión no confidencial de la Decisión) no permite situar en ese momento el inicio del nacimiento de la acción, en un escenario complejo como el que nos ocupa. No basta un conocimiento genérico de los hechos acaecidos en un ámbito en el que la asimetría informativa entre las partes es patente. Se requiere, por ello, el conocimiento del contenido de la Decisión, con todas sus connotaciones geográficas, de identificación de las conductas de matrices y filiales y de los eventuales responsables afectados. En el momento de la nota de prensa, los eventuales perjudicados no estaban en condiciones de poder ejercitar eficazmente su derecho y lograr su total efecto, máxime si se tienen en consideración las dificultades inherentes a la cuantificación del daño. A nuestro criterio, el plazo inicial del cómputo debe situarse (...) en la fecha de publicación de la versión no confidencial de la Decisión en el DUE el 6 de abril de 2017. Fue a partir de entonces cuando se pudo conocer, de forma más adecuada, la infracción”.

13.- Pero creo que una y otra opinión no son compatibles con la doctrina comunitaria, por ampliación del plazo de prescripción aplicable, así en la reciente STJUE, 1ª, de 22 de junio de 2022, asunto C-267/20, Volvo AB y Daf Trucks NV v. RM.

14.- A su vez, se excluyó la validez interruptiva de los actos de reclamación extrajudicial dirigidos frente a sociedades filiales no destinatarias de la Decisión, en relación con las acciones posteriormente entabladas frente a la sociedad destinataria y matriz, así en la SAP Valencia, 9ª, núm. 1335/20, de 24 de noviembre de 2020, ponente Purificación Martorell Zulueta. Se trataba de un corolario traído del tratamiento conjunto de la legitimación pasiva y el régimen de prescripción de acciones en relación con las sociedades filiales no destinatarias de la Decisión. Creo que la sentencia Sumal desautoriza igualmente esta toma de posición de la Audiencia Provincial de Valencia.

15.- Respecto de la interpretación de lo resuelto por la Decisión, he apreciado recurrentemente que los hechos que incorpora describen la existencia de un cártel generador de sobreprecio, por más que formalmente se constatará la existencia de una infracción por objeto. Más tarde abundaré sobre eso. Esta visión ha sido aceptada por la citada SAP Valencia, 9ª, de 16 de diciembre de 2019, ponente Purificación Martorell Zulueta, cuando señaló que, FJ 9º:

“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 los mayoristas consumidores finales. 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”. Partiendo de todo ello, la Sala comparte la conclusión expresada por el magistrado “a quo” y lo hace teniendo presente el contenido de los considerandos 50 y 51 de la Decisión (transcritos en la sentencia apelada) y el tenor del considerando 85, en el que se apunta que: “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”.

16.- En el contraste de esa interpretación con las conclusiones que impone el marco jurídico aplicable a la solución del caso, he entendido como igualmente aplicable la regla *ex re ipsa*, para presumir la existencia de daño susceptible de compensación tras una infracción de cartel. De manera previa y superando esta discusión, la misma SAP Valencia, 9ª, de 16 de diciembre de 2019,

ponente Purificación Martorell Zulueta, ha reconocido la vigencia de la regla *ex re ipsa* en la litigación *follow on*, así en su FJ 7º:

“6) Añadimos, finalmente, que también nuestro Tribunal Supremo, en diversos supuestos (propiedad industrial, competencia desleal...) ha estimado correcta la presunción de la existencia de 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 (...) o más recientemente, de la de 21 de octubre de 2014”.

17.- A su vez, el recurso a la prueba de presunciones o a la presunción como actividad intelectual asimilada a la prueba, está reconocido en la STJUE, 1ª, de 22 de junio de 2022, asunto C-267/20, Volvo AB y Daf Trucks NV v. RM, incluso allí donde la Directiva de daños y sus previsiones sustantivas no resultan aplicables, si esa clase de presunciones se encuentran disponibles en el derecho nacional.

18.- De todo eso se ha seguido que, en los procesos de esta clase en los que la presunción de daño es aplicable, el actor está obligado a presentar un intento razonable de cuantificación del daño, el demandado es el obligado a probar que los daños no existieron y que, en un escenario de dificultad probatoria es posible realizar una estimación judicial del daño sufrido por el actor. Por mi parte, siempre he sostenido que la principal manifestación de las dificultades de prueba sobre la cuantificación del daño es la asimetría de información existente entre las partes. A tal fin, he disciplinado medidas de acceso a fuentes de prueba para corregir esa situación y, cuando el actor las ha despreciado injustificadamente mientras amparaba su demanda en un informe de experto abiertamente insuficiente, he desestimado esas pretensiones (por primera vez, en la sentencia de 10 de diciembre de 2019). Esta última afirmación y regla jurisprudencial fue corregida mediante SAP Valencia, 9ª, núm. 1284/20, de 17 de noviembre de 2020, ponente Purificación Martorell Zulueta, cuando consideró que la situación de asimetría presupuesto para el ejercicio de una facultad de estimación judicial del daño no se salva por el extremo de que un destinatario de la Decisión y demandado en el proceso haya ofrecido el acceso a sus bases de datos sobre facturación utilizados en el informe pericial presentado en el proceso. Por el contrario, la Audiencia Provincial consideró que el presupuesto para el ejercicio de la facultad de estimación es el esfuerzo probatorio, cuestionó la utilidad de una medida de acceso a fuentes de prueba, su encaje en nuestro derecho nacional y censuró su fiabilidad, por considerarla una medida tramposa.

19.- Por un motivo añadido, he creído dudoso que el régimen de estimación judicial del daño basado en las dificultades probatorias y asimetría informativa existente entre las partes permita el recurso a esa función estimativa cuando es el actor quien provoca una situación de opacidad probatoria. Eso es lo que ocurre si, según he considerado, acogándose a la regla de solidaridad demanda al infractor que no intervino en la producción o comercialización del producto cartelizado al que la demanda se refiere. Por la ausencia de efectos prejudiciales respecto del resto de procesos seguidos ante este juzgado, el temor de provocar una paralización de la tramitación de estos asuntos y ante la oportunidad de que la Audiencia Provincial de Valencia estableciera su propia doctrina jurisprudencial sobre este extremo, resolví igualmente, en sentido desestimatorio,

situaciones equivalentes, así mediante SJM núm. 3 de Valencia, de 14 de junio de 2021, autos de juicio ordinario núm. 347/20. Esa sentencia no es firme y no tengo constancia formal de la toma de posición de la Audiencia Provincial de Valencia al respecto al tiempo de pronunciamiento de esta resolución, antes o después del pronunciamiento del Tribunal de Justicia en respuesta a la cuestión prejudicial planteada a tal fin.

20.- En materia de valoración de dictámenes periciales aportados por las partes actoras, la Audiencia Provincial de Valencia ha rechazado el poder de convicción de los fundados en diversas clases de aproximaciones, así las estadísticas (*informe Rodríguez*, SAP Valencia, 9ª, núm. 1679/2019, de 16 de diciembre de 2019, ponente Purificación Martorell Zulueta), índices anidados de precio (*informe Zunzunegui*, SAP Valencia, 9ª, núm. 552/21, de 11 de mayo de 2021, ponente Purificación Martorell Zulueta), proyección de precios tras infracción con recurso a índices oficiales (*informe Naidier*, SAP Valencia, 9ª, núm. 1384/20, de 9 de diciembre de 2020, ponente Purificación Martorell Zulueta), análisis de datos contables y evolución de amortización de costes (*informe Universidad de Granada*, SAP Valencia, 9ª, núm. 67/2021, de 26 de enero de 2021, ponente Purificación Martorell Zulueta) o método sincrónico y diacrónico (*informe Caballer*, SAP Valencia, 9ª, núm. 90/2021, de 26 de enero de 2021, ponente Purificación Martorell Zulueta), para reconducir unos y otros casos al mismo resultado de cuantificación, empleando al efecto las facultades de estimación judicial del daño: el cinco por ciento del precio neto satisfecho para la adquisición del camión que funde la pretensión compensatoria.

21.- En materia de valoración de dictámenes periciales aportados por las partes demandadas, se ha sometido a idéntico juicio de desvalor probatorio a los informes periciales de cuantificación del daño “meramente formal” (así en la SAP Valencia, 9ª, de 23 de enero de 2020, ponente Purificación Martorell Zulueta).

22.- Por fin, respecto de la eventual ausencia de daño susceptible de compensación por repercusión de sobrecostes a terceros, he rechazado la aplicación de la defensa *pass-on* a modo de automatismo por la sola reventa de camión objeto del proceso, pues no se trata de que el perjudicado transmita el camión sino el daño sufrido y eso no se sigue, por sí mismo, por el solo conocimiento del hecho de la reventa, siquiera en un plano temporal inmediato al momento de adquisición. A su vez, he rechazado la aplicación de defensa en términos meramente hipotéticos respecto de la repercusión del daño a los propios clientes del lesionado, sin un estudio econométrico fundado en las circunstancias particulares del caso y la estructura de costes del actor en cuestión. Se trata de una visión igualmente compartida por la Audiencia Provincial de Valencia. Antes de eso, como es sabido, el concepto de nexo causal relevante apreciado mediante STJUE, 5ª, de 12 de diciembre de 2019, asunto C-435/18, Otis II, resultaba incompatible con mi previa toma de posición sobre la exclusión del mecanismo de defensa por repercusión de sobrecostes entre mercados distantes, que hice valer de manera previa al pronunciamiento del Tribunal de Justicia en los primeros pronunciamientos de este juzgado sobre el particular (AJM núm. 3 de Valencia, de 17 de diciembre de 2018).

23.- El pronunciamiento de la sentencia de este juzgado de 21 de octubre de 2022, para la desestimación de una acción consecutiva basada en una infracción de cártel diferente (coches), supuso un punto intermedio en el diálogo sostenido con la Audiencia Provincial de Valencia, todavía previo a la solución de la cuestión prejudicial planteada en este caso. Así, con ocasión de esa resolución y con la distancia que los específicos hechos a los que respondía determinaba, quise advertir algunas circunstancias que considero relevantes para un propósito todavía no satisfecho: la

construcción de un criterio jurisprudencial sólido para el enjuiciamiento de una acción consecutiva a una infracción de cartel. Por un lado, que el recurso inadecuado a la estimación judicial del daño como solución indiscriminada a un proceso de los de esta clase, nos precipita a un escenario donde la discrecionalidad judicial se convierte en dispersión y arbitrariedad, para el fomento de una litigación especulativa. No es un indicador menor considerar que, de forma abierta y visible, la litigación privada en este partido judicial se ha deteriorado desde el recurso masivo a la estimación judicial del daño como criterio resolutorio: no existen incentivos a la buena litigación y sanciones a la mala litigación si todos los procesos se resuelven por igual, sino un solo estímulo a la *industria del pleito masa*. Por otro lado, que para una ordenada aplicación de la estimación judicial del daño como solución extraordinaria a un proceso de los de esta clase y que, entre otros motivos, evite la litigación oportunista, resultaba todavía necesario establecer con mayor precisión los presupuestos que permiten el recurso a esta figura. En particular, que resultaba inadecuado construir esos requisitos tomando en consideración el esfuerzo o suficiencia probatoria de los intentos de cuantificación de los potenciales perjudicados, al menos en términos absolutos, sino solo en la dificultad probatoria para la cuantificación del daño, concediendo protagonismo a la noción de asimetría informativa y a las medidas de acceso a fuentes de prueba que trataron vanamente de llevarse a cabo durante la tramitación de ese proceso. Por último, antes de eso, que el reto intelectual para esa jurisprudencia estribaba en la delimitación de un umbral de exigencia probatoria compatible con la efectividad del derecho al pleno resarcimiento del perjudicado por una infracción anticompetitiva y que asumiese las limitaciones inherentes a cualquier intento de cuantificación del daño. En este sentido, señalé que las medidas de acceso a fuentes de prueba no solo intervienen como remedio a la situación de asimetría informativa existente entre las partes o para paliar la dificultad de prueba del daño que afecta al perjudicado, sino también como fomento de un modelo de litigación distinto, más intenso y más transparente, que facilite la valoración del juez.

24.- A su vez, mediante SAP Valencia, 9ª, núm. 974/2022, de 29 de noviembre de 2022, ponente Rosa María Andrés Cuenca, de nuevo en el asunto camiones, pero en aparente respuesta a esa sentencia, se aceptó, por primera vez según he podido tomar conocimiento, un informe de cuantificación del daño presentado por una de las partes en el proceso (AB Volvo-Kpmg), en los siguientes términos:

“Sin ánimo de resultar reiterativos, el objeto de esta segunda instancia es determinar si (i) procede estimar judicialmente la existencia de un sobrecoste del 5% sobre el precio del vehículo sin que el Demandante haya realizado ningún esfuerzo por proponer una " hipótesis razonable y técnicamente fundada" del daño; o (ii) procede desestimar las pretensiones del Demandante, habida cuenta de que no realiza ningún tipo de esfuerzo probatorio y confía en una suerte de automatismo, que convierte a nuestros Tribunales en cajeros automáticos que regalan un 5% de sobreprecio.

Sin perjuicio de lo anterior, señala que la Sentencia de Azucarera fijó cual era la carga probatoria exigible al Demandante en este tipo de procedimientos. Pero también estableció la carga probatoria exigible a la parte demandada: no puede limitarse a criticar el informe pericial aportado por el Demandante, sino que debe proponer una cuantificación alternativa mejor fundada de los daños causados.

Y esto es precisamente lo que hizo la Demandada, aportando para ello un informe pericial elaborado por KPMG, que realizó en la Parte I del informe pericial una comparación diacrónica temporal con el objetivo de contrastar científica y cuantitativamente la hipótesis de si cabe apreciar un sobreprecio en el precio pagado por los compradores de camiones en España como consecuencia de la infracción, conforme a la metodología que refiere, obteniéndose la conclusión de que la infracción no tuvo efectos sobre los precios analizados en tanto ésta solo justifica la evolución de los precios en un porcentaje absolutamente marginal de un 0,69% de sobreprecio para los camiones Volvo del segmento de uso de "larga distancia" y un -0,27% de sobreprecio para los camiones Volvo de "distribución interregional", -0,76% para el segmento de "distribución regional" de Renault, y 2,46% para el caso de Renault de "transporte estándar", cumpliendo perfectamente con los criterios establecidos en la Guía Metodológica de la Comisión Europea) y, además, no es estadísticamente significativa, lo que significa que además de ser poco o nada significativa ni siquiera el resultado alcanzado es estadísticamente plausible o si se prefiere verosímil. Y en tal caso, no procedería considerar que concurre sobreprecio, puesto que se trata de un vehículo Volvo.

(...)

Y, como ya hemos anticipado, hemos declarado con reiteración que la estimación judicial requiere de una previa valoración positiva del esfuerzo probatorio de la parte que postula, la constatación de la existencia del daño y de la imposibilidad, o manifiesta dificultad para la parte, de acreditar el efectivo perjuicio soportado, y que debe efectuarse con los criterios de prudencia que resulta de la doctrina de la Sala Primera del Tribunal de Justicia y del principio de efectividad desarrollado por el TJUE. Resumiremos ahora nuestros criterios [que resultan, entre otras, de nuestras sentencias de 18 de febrero (Rollo 1611/19), 24 de febrero de 2020 (Rollo 1311/19), 9 de diciembre de 2020 (Rollo de Apelación 716/2020), 271/2021 de 9 de marzo de 2021 (Rollo 834/2020), 552/21 de 11 de mayo de 2021 (Rollo 1204/2020, o entre las más recientes, la de 10 de noviembre de 2021 (Rollo 733/2021)] en los siguientes términos:

(...)

Desde esta perspectiva, es la propia parte demandada la que nos remite a su dictamen aludiendo que, efectivamente, es el único que contiene una valoración del sobreprecio en sentido estricto (...)

Cierto es que, del dictamen emitido a instancia de la demandada, y respecto de estos concretos vehículos (VOLVO) el perjuicio se considera inexistente, pero no lo es menos que la parte demandada invoca una resolución que tiene en cuenta ese importe máximo derivado de su informe, aunque se trate de otro vehículo, lo que, sin otra matización, nos lleva a entender que este es el porcentaje que, en el mejor de los casos, entiende aplicable".

Debemos puntualizar, con claridad, que no cabe interpretar que esta Sala haya modificado su criterio, sino que entendemos que la actora, en este concreto supuesto, no ha aportado prueba suficientemente fundada de la indemnización que

postula, que, además, está desvinculada de su informe pericial, de modo que se acepta, como máximo resistido, lo que la propia demandada argumenta en su oposición, con la finalidad de no incurrir en incongruencia en el sentido expresado”.

25.- Y así, resolví el planteamiento de cuestión prejudicial en un asunto donde (i) se han presentado dictámenes periciales extensos, (ii) siendo que yo he aceptado el poder de convicción del presentado por la parte actora -sentencia de este juzgado de 30 de diciembre de 2019, único dictamen de cuantificación del daño presentado en ese proceso con desarrollo de un método econométrico de cuantificación-, (iii) lo que ha sido expresamente corregido por la Audiencia Provincial de Valencia, (iv) siendo que yo he rechazado el poder de convicción del dictamen pericial aportado por la parte demandada -desde el pronunciamiento de la sentencia de 7 de mayo de 2019 y para sus posteriores variaciones-, (v) siendo que la Audiencia Provincial de Valencia habitualmente ha aceptado esa toma posición, (vi) pero debiendo enfatizarse que solo un dictamen pericial de los de esa clase ha sido el único que, de forma aislada, ha logrado ganar su convicción y (vii) cuando la solución del proceso parece abocada a la consabida aplicación de una estimación alternativa del daño inspirada, de manera explicitada por la Audiencia Provincial de Valencia, en criterios de igualdad y donde la valoración del esfuerzo probatorio nunca toma en consideración la disponibilidad y resultado de una medida de acceso a fuentes de prueba. Porque solo la intervención clarificadora del Tribunal de Justicia en interpretación de los presupuestos para el recurso a la estimación judicial podía reubicar la solución de este caso al lugar que, en mi opinión, nunca debió abandonar: un marco adecuado para la valoración de las pruebas periciales disponibles.

26.- Porque el caso ██████████ no es un candidato apto para la aplicación de la facultad de estimación judicial del daño a la que se refiere el artículo 17.1 de la Directiva de daños. Por el contrario, es un caso para la discusión probatoria intensa, desde la asunción de los criterios cualitativos y específicos para este Derecho que deben inspirar esa valoración. Entonces, es un caso para la estimación total o parcial de la demanda o para su desestimación, desde el análisis de esos dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica y en aplicación, pese a la complejidad del objeto de la prueba, del estatuto de valoración probatoria al que se refiere el artículo 348 LEC. Veámoslo.

Tercero.- Una interpretación consistente de lo resuelto por el Tribunal de Justicia.

27.- Como es sabido, el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia no desplaza a ese órgano la solución del caso concreto donde arraiga la inseguridad sobre la interpretación del Derecho Comunitario que justifica el planteamiento de la pregunta. No solo ocurre eso. De manera adicional y siempre compatible con el principio de autonomía reservado a las jurisdicciones de los Estados miembros, la respuesta del Tribunal de Justicia merece, después, un margen de apreciación reservado al juez nacional sobre su interpretación y aplicación para la solución de ese caso concreto.

28.- El único límite a esa autonomía del juez nacional que plantea la cuestión es que su interpretación sea consistente con la respuesta del Tribunal. Anticiparé ahora que mi toma de posición es muy próxima a la que ha ofrecido ██████████ en su escrito de 1 de marzo de 2023 sobre los presupuestos para la estimación judicial del daño, cuando analiza la repuesta del Tribunal y la enlaza, críticamente, con el estado actual de la cuestión para la jurisprudencia y praxis españolas más difundidas. En eso, compartiré sustancialmente la visión de ██████████

29.- Para un sistema procesal como el español, donde en el ámbito del juicio ordinario está admitida la posibilidad de interponer un recurso de apelación contra la decisión del juez de primera instancia y siendo ese recurso de carácter pleno, esa labor de interpretación consistente no solo me corresponde a mí, sino también a la Audiencia Provincial de Valencia y en la medida en la que esta sentencia pueda ser recurrida. La particularidad de este caso estriba en que participa de un fenómeno de litigación masiva. La cuestión prejudicial que se ha planteado y que condiciona la solución de esta instancia reproduce, tal y como largamente he explicado en el fundamento anterior, cuestiones jurídicas controvertidas en esta clase de litigación de forma habitual. Por eso la labor de interpretación consistente que asumo al tiempo del pronunciamiento de esta resolución, ya ha sido precedida, en realidad, por una inmediata respuesta de la Audiencia Provincial de Valencia que también debo tomar expresamente en consideración. A su vez, en mayor o menor medida, otros jueces de primera instancia y el resto de las Audiencias Provinciales españolas ofrecerán su propia interpretación de lo resuelto por el Tribunal de Justicia.

30.- En la experiencia ganada con ocasión de la tramitación de este caso, esa labor de interpretación consistente está condicionada por el carácter múltiple de una cuestión prejudicial: una cosa es lo que el juez nacional pregunta en atención a lo que cree saber, otra lo que a las partes en el proceso les gustaría que el juez nacional hubiese preguntado, otra lo que el Abogado General sugiere indagar y, por fin, aquello sobre lo que el Tribunal de Justicia propone llamar la atención. Solo este último extremo es el que atribuye valor cualitativo al mecanismo que se ha activado en este proceso. Y a eso hay que estar. Pero eso no excluye que a la labor de interpretación consistente que queda reservada al juez nacional se le pueda imprimir, todavía, un análisis crítico que explicita algunas incertidumbres remanentes.

A) Sobre la respuesta a la primera pregunta

31.- En respuesta a la primera cuestión prejudicial planteada, el Tribunal de Justicia ha admitido la plena compatibilidad del artículo 394 LEC con los principios de efectividad y equivalencia del artículo 101 TFUE (de manera muy asequible en el párrafo 48 y en la primera respuesta) y de las únicas previsiones de la Directiva de daños con incidencia en la cuestión (párrafo 38).

32.- Entonces, el Tribunal admite que (i) solo la estimación plena de una pretensión compensatoria conducirá, normalmente, a la condena en costas del demandado, (ii) que el desenlace normal de una estimación parcial de una pretensión indemnizatoria será la ausencia de imposición de costas, (iii) que la desestimación de la demanda puede conducir a la imposición de costas al actor y (iv) que resulta igualmente admisible que el tenor literal del precepto se matice según la doctrina jurisprudencial nacional sobre estimación sustancial de una pretensión indemnizatoria. Pero también quiero insistir en otras tres salvedades adicionales.

33.- En primer lugar, el Tribunal imprime un argumentario decididamente separado para los Derechos de la Competencia y de Consumo (párrafos 45-46). Lo hace reformulando el enfoque con el que se planteó la pregunta: la regla de indemnidad del lesionado. Y vincula, creo que de forma oscura, esa regla de indemnidad con la disponibilidad a favor del lesionado de medidas como el acceso a fuentes de prueba cuya finalidad, según describe, son las de reequilibrar la fuerza de las partes en el proceso (párrafos 43-46). No advierto la relación de una cosa y la otra. Resta todavía por indagar si, en la mente del Tribunal de Justicia, la condición subjetiva concurrente de perjudicado por una infracción anticompetitiva y consumidor depararía una interpretación distinta sobre el artículo 394 LEC. Pero ninguno de los actores en este proceso es un consumidor.

Personalmente, trataba de hacer notar cómo la complejidad de este tipo de procesos conducirá habitualmente a la concesión de estimaciones parciales de demanda y cómo eso pueda mermar la efectividad del derecho compensatorio del perjudicado, al incurrir en gastos de los que no se resarcirá y menoscabarán la compensación neta de su perjuicio, ni tan siquiera por la eventual disponibilidad de una doctrina jurisprudencial nacional y correctora de los excesos a los que pueda conducir la literalidad del artículo 394 LEC, por sus limitaciones. Pero el Tribunal parece más preocupado por transmitir la idea fuerza de que el perjudicado debe preparar de manera conveniente su demanda, quizás para que lo pedido se ajuste a lo concedido o de manera que el recurso a esa doctrina jurisprudencial nacional no encuentre obstáculos. Porque, aunque en el planteamiento de la cuestión la primera pregunta estaba completamente desgajada de las restantes, ese es el hilo conductor de toda la motivación del Tribunal de Justicia.

34.- Es entonces compatible con la doctrina del Tribunal de Justicia que el resultado de la estimación parcial de una acción de daños tras una infracción de cartel, como consecuencia del recurso a la estimación judicial del daño y para la concesión de una indemnización en un umbral cualitativa y cuantitativamente menor del reclamado, no determine la condena en costas del infractor demandado.

35.- En segundo lugar, en ningún caso el Tribunal de Justicia admite que, si ese es el desenlace del proceso, se pueda imponer al actor y beneficiado por ese pronunciamiento de condena la obligación de satisfacer en forma alguna las costas procesales generadas al demandado. Porque cuando el Tribunal de Justicia analiza la regla de temeridad procesal, lo hace desde su obligación de interpretación exhaustiva y completa del precepto nacional cuya compatibilidad con el Derecho Comunitario se cuestiona (que se reproduce parcialmente en el párrafo 19 de la resolución). Es decir, que el Tribunal de Justicia admite que es compatible con el Derecho Comunitario una regla como la del artículo 394 LEC cuando, en un escenario de desestimación de la demanda, todavía se puede apreciar la temeridad con la que ha litigado el actor y para agravar su obligación de pago de las costas del proceso. En el diálogo que el Tribunal sostiene con la Abogada General (párrafo 47), no encuentro espacio para entender nada más. Y esa regla es igualmente aplicable al caso de la estimación plena de la demanda, cuando puede apreciarse que es el demandado quien ha litigado de manera temeraria.

36.- En tercer lugar y del mismo modo, también es compatible con el Derecho Comunitario un precepto como el artículo 394 LEC, cuando exime a cualquiera de las partes de una eventual condena en costas y pese al íntegro rechazo de su posición y estrategia procesales, si la solución del caso es dudosa en términos de hecho o derecho.

B) Sobre la respuesta a la segunda pregunta

37.- En respuesta a la segunda cuestión prejudicial planteada, el Tribunal de Justicia clarifica que la facultad de estimación judicial del daño se encuentra disponible aunque la parte actora haya tenido acceso a la información comercial extensa en la que se basa el dictamen pericial presentado por la demandada para justificar la ausencia de daño compensable, porque esa previsión del artículo 17.1 de la Directiva de daños únicamente presupone que se acredite la existencia de perjuicio y que resulte imposible o excesivamente difícil cuantificarlo con precisión.

38.- La respuesta del Tribunal de Justicia en este caso responde al interés principal de planteamiento de la cuestión prejudicial, lo que no parece necesitado de una explicación mayor: se trata de la cuestión que afecta en proporción más intensa a la solución del caso y, también, al

criterio jurisprudencial que he expuesto largamente. La respuesta parte de una reformulación de los términos de mi pregunta y, a diferencia de lo que ocurre respecto de la primera y tercera cuestión, el razonamiento del Tribunal exige de una interpretación más atenta, porque su análisis es abierto y plural.

39.- Al tiempo de planteamiento de la cuestión y en la redacción empleada al efecto, quise plasmar mi propia asunción sobre el significado del tenor literal del artículo 17.1 de la Directiva de daños y de sus Considerandos, para la comunicación de significados entre la categoría de “asimetría informativa”, que no está presente en el precepto pero sí de manera expresa en esos expositivos -también en los largos trabajos prelegislativos de los que la Directiva es resultado- y el presupuesto habilitante de la estimación judicial: la persistencia de dificultades de cuantificación irresolubles, a modo de supuesto de hecho que incorpora la norma (tal y como se reproduce en el párrafo 15) y como concepto igualmente incorporado a la redacción de mi pregunta. Creo que acerté a expresarme en términos que pudieron resultar comprensibles para el Tribunal (párrafo 50, in fine).

40.- Pero el Tribunal de Justicia ha rechazado expresamente esta construcción de manera tan rotunda (párrafo 54) como, según considero, poco efectiva desde el punto de vista práctico y para la solución de este caso, según el itinerario procesal que justificó el planteamiento de la cuestión, en el enlace con el resto de las aportaciones de la misma sentencia y en las que debo detenerme a continuación.

41.- En efecto, en la expresión del Derecho de la Unión comprometido por la solución del caso (párrafos 3-16), el Tribunal hace cita expresa de los considerandos 15, 46 y 47 de la Directiva de daños, en los que se alude a la situación de asimetría informativa entre el perjudicado por una infracción anticompetitiva y el infractor como elemento característico de la litigación privada antitrust y, por añadidura de lo que se abunda en los considerandos 11, 14 y 45 de la norma, que también se analizan, como elemento que explica la dificultad de acreditación del daño y su correcta cuantificación, junto a la complejidad inherente a la elaboración de un dictamen pericial de base económica.

42.- A su vez, el Tribunal de Justicia reconoce que la situación de asimetría informativa, que se manifiesta en la indisponibilidad de pruebas adecuadas para la cuantificación del daño, es el elemento precursor que ha justificado la positivización de la facultad de estimación judicial del daño en el artículo 17.1 de la Directiva (párrafos 43 y 54).

43.- Sin embargo, el Tribunal de Justicia afirma que la eventual situación de asimetría informativa y, de forma no explicitada, el reequilibrio de fuerzas que también es posible para este Derecho precisamente por esa razón (en los precedentes de los párrafos 13, 41, 45-46), no juega ningún papel a la hora de conceder una estimación judicial del daño y para valorar si cuantificarlo adecuadamente por el perjudicado es fácil o difícil, posible o imposible (de nuevo en el párrafo 54).

44.- No se detiene ahí el razonamiento del Tribunal para, según creo, explicitar la paradoja de esa construcción teórica sobre los presupuestos para la estimación judicial del daño, las circunstancias concretas del caso donde ha sido planteada la cuestión a la que responde y las recomendaciones sobre la manera adecuada de conducir la litigación privada.

45.- Antes de eso, debo recordar nuevamente que la característica singular de este caso, tal y como explicité al tiempo de formulación de la cuestión prejudicial, es que su solución se enfrenta a un criterio jurisprudencial que ha privado de cualquier poder de convicción a los dictámenes

periciales presentados por una y otra parte y, también, de la utilidad a las medidas de acceso a fuentes de prueba implementadas de forma consensuada por las partes, ante la advertencia de insuficiencia probatoria del juzgador y para la solución homogénea de estos grupos de casos mediante el recurso a la estimación judicial del daño.

46.- Pues bien, quizás se entienda entonces mejor la importancia de que el Tribunal señale que, allí donde la asimetría de información no juega ningún papel para conducir el juicio de estimación judicial del daño, sí debe tomarse en consideración la disponibilidad potencial de los mecanismos de acceso a fuentes de prueba en el artículo 5 de la Directiva de daños, su aplicación contingente durante el proceso y la utilidad que la parte actora haya podido extraer de esas medidas, advirtiendo de su idoneidad para la actividad probatoria que persiga acreditar la realidad del perjuicio sufrido por la parte actora y su correcta cuantificación (párrafos 55-58).

47.- En el terreno de los eufemismos, esta cuestión prejudicial quedó reducida para cierto imaginario a una sobre el uso de “salas de datos”. Porque ese fue el instrumento en el se plasmó la medida de acceso a fuentes de prueba acordada en el caso. No se trataba de eso, sino de la importancia de la asimetría de información como manifestación de la dificultad probatoria habilitante de la estimación judicial y, solo después, de la idoneidad de una medida de “sala de datos” recomendada por el juzgador como adecuada para remediarla. También para un propósito no explicitado: poner la estimación en el lugar que corresponde a la estimación y recuperar el terreno perdido para un ejercicio de valoración probatoria ordinario, donde las medidas de acceso a fuentes de prueba sean práctica común para observar en lo sucesivo. En cualquier caso, he sostenido de manera insistente que no podía confundirse un mero instrumento perfectible, la sala de datos, con la necesidad de una aplicación trascendente y útil del principal recurso procesal incorporado a nuestro sistema para esta litigación específica, el artículo 283 bis LEC en su correspondencia con el artículo 5 de la Directiva de daños. Pues bien, en el mismo lugar y para hacer de la labor de interpretación de lo resuelto por el Tribunal de Justicia una imagen poderosa, bien puede decirse que su respuesta también puede explicarse así: cuando la “asimetría informativa” sale por la puerta del proceso como criterio resolutorio, las “salas de datos” como medida adecuada para enfocar la labor probatoria de las partes entran por la ventana. En realidad, todo el significado resolutorio que he impreso al tratamiento de la asimetría informativa queda embebido en la respuesta del Tribunal sobre la necesaria distinción entre las incertidumbres de la prueba practicada en el proceso y la dificultad probatoria remanente como presupuesto para la estimación, junto con la recomendable difusión de los mecanismos de acceso a fuentes de prueba, considerando idóneos a tal fin los practicados en este caso. Pues debe cuestionarse la existencia de una dificultad probatoria habilitante de la estimación allí donde el actor ha rechazado injustificadamente una medida de acceso a fuentes de prueba, porque la estimación judicial del daño no es un remedio a su pasividad.

48.- Desde luego, como igualmente enfatiza el Tribunal, ningún elemento de los que define la aplicación posible de una institución mayor, puede condicionarla en términos absolutos (párrafo 59). La sentencia del Tribunal de Justicia no autoriza a sostener que el acceso a fuentes de prueba practicado antes o durante el proceso sea un requisito absoluto para la estimación de una demanda de manera directa, como resultado de la valoración probatoria, o alternativa, con recurso a la estimación judicial del daño.

49.- Pero, desde el pronunciamiento de la sentencia de 16 de marzo de 2023, nunca más debería concederse entre los jueces españoles la estimación judicial del daño sin una valoración

pertinente y concreta de la disponibilidad, contenido y utilidad de una medida de acceso a fuentes de prueba de las previstas en el artículo 5 de la Directiva de daños, cuya mención ha sido expresamente incorporada a la respuesta del Tribunal y cuando el enunciado de la pregunta no ofrecía su cita. Especialmente en aquellos casos donde la medida haya sido ofrecida por el demandado, porque el Tribunal valora muy positivamente ese ofrecimiento, entre otras cosas porque lo considera un hito adecuado para que el actor pueda indagar por mayor y mejor información con la que conducir su intento de cuantificación (párrafo 58). Puede que la asimetría informativa no sea pertinente en términos formales a la hora de conceder una estimación judicial del daño, pero la disponibilidad de información adecuada y la búsqueda activa de la misma sí lo son en términos materiales. Es decir, que si no es pertinente considerar la existencia de asimetrías informativas entre las partes sino una potencial -y temo que abstracta- situación de dificultad probatoria, no se puede afirmar que esa situación probatoria existe en el caso sin analizar qué uso se ha hecho de una medida de acceso a fuentes de prueba como la que se concedió aquí. Y no se puede rechazar la utilidad de la medida por el solo extremo de que el actor o el juzgador cuestionen su idoneidad, todo con arreglo a un escrúpulo probatorio que está completamente alejado del estándar de litigación que el Tribunal de Justicia recomienda como aceptable, por su enlace directo y preciso con las previsiones procesales más trascendentes de la Directiva de daños. Desde los antecedentes relevantes para la solución del caso, la situación práctica a la que aboca la respuesta del Tribunal es exactamente la misma que la sugerida al tiempo de formular la pregunta a la que responde.

50.- La relevancia de la respuesta del Tribunal es todavía mayor y, también a efectos prácticos, consistente con la regla jurisprudencial construida por este juzgado con ocasión de las sentencias de 20 de febrero de 2019 (estimación judicial del daño con vocación de mínimos y ante la pasividad probatoria del demandado), 10 de noviembre de 2019 (desestimación de la demanda por pasividad probatoria del actor tras el rechazado injustificado de los datos ofrecidos por el demandado), 30 de diciembre de 2019 (estimación íntegra de la demanda por conservación de la presunción de daño y asunción del único informe econométrico presentado en el proceso) y de 21 de octubre de 2022 (de nuevo, desestimación de la demanda por inactividad del demandado y rechazo de una medida de acceso a fuentes de prueba): demandas que se estiman, demandas que se desestiman, por razón de la prueba practicada en el caso, por la inactividad probatoria del actor, por la inactividad probatoria del demandado, por la concesión de una estimación judicial y alternativa del daño. Todo ello por dos hallazgos principales en el razonamiento del Tribunal, que he anticipado parcialmente.

51.- El primero de esos hallazgos es que la facultad de estimación judicial del daño no es el remedio adecuado para sustituir la actividad probatoria de la parte actora, no solo en aquellos supuestos en los que esa actividad no es correcta o adecuada, sino especialmente en escenarios de pasividad probatoria y todo en relación con la disponibilidad y uso efectivo de mecanismos de acceso a fuentes de prueba (en el párrafo 57). Por lo tanto no es compatible con la doctrina del Tribunal de Justicia una jurisprudencia nacional, basada en el principio de igualdad o en cualquier construcción semejante, cuyo desenlace práctico es que todos los procesos cuyo punto de partida es la misma infracción sancionada por la autoridad de la competencia se resuelven de la misma forma, sin tomar en consideración la singularidad y características de la actividad probatoria realizada en cada caso y, muy especialmente, si ha habido oportunidad o no de practicar medidas de acceso a fuentes de prueba y cuál haya sido su desenlace.

52.- El segundo de esos hallazgos es que la facultad de estimación judicial del daño no tiene nada que ver con las dificultades inherentes a la contradicción de las partes, la intensidad y complejidad de su prueba y el enfrentamiento de peritajes excluyentes (párrafo 52). Por lo tanto, constituye un exceso convertir lo anormal, es decir, el recurso a la estimación judicial del daño, en la solución normal de un proceso de aplicación privada del Derecho de la Competencia donde se enfrentan dictámenes periciales contradictorios.

53.- Así, la dificultad probatoria que habilita el recurso a la estimación judicial del daño es una de la que no es víctima el juez que debe resolver la instancia, sino la parte a la que debe beneficiar el pronunciamiento del juez y cuya actividad probatoria se ve interferida, acaso de manera insalvable, por esas dificultades. Por eso se debe valorar si se ha hecho uso de una medida de acceso a fuentes de prueba y con qué resultado.

54.- Así, la estimación judicial del daño no sirve para que el juez hurte su deber de motivación, es decir, de valoración de los medios de prueba presentados en el caso. Antes de eso, tampoco su deber de construir un estándar de valoración probatoria compatible con los principios de efectividad y equivalencia.

55.- Así, de lo que se trata es delimitar un estatuto de valoración probatoria permeable a la especificidad de este Derecho, que también es abordada expresamente por el Tribunal de Justicia, cuando admite que la solución del caso pueda plantearse en términos de incertidumbre probatoria (de nuevo en el párrafo 52). Pues ese es un escenario normal para el desenlace de una acción de daños, tal y como ha sido asumido por el legislador comunitario y para garantizar la efectividad del derecho al pleno resarcimiento del perjudicado por una infracción anticompetitiva (de nuevo en los considerandos 11, 45 y 46, que la sentencia reproduce).

56.- Y debe hacerse notar que la facultad de estimación judicial del daño no tiene absolutamente nada que ver con el desenlace normal de una institución normal para el enjuiciamiento normal de un proceso civil normal: la valoración crítica de dictámenes periciales, para su eventual moderación aceptando las aportaciones de unos y otros peritos y de manera coherente con el saldo del resto de los medios de prueba habidos en el proceso, al menos donde eso sea posible y cuando las partes colaboran a tal fin. De otro modo, si por estimación judicial del daño se entiende la simple reformulación de los dictámenes periciales de las partes, ese juicio estimativo, en términos de institución legal, no significará absolutamente nada para el ordenamiento jurídico español. Por lo tanto, porque la estimación judicial del daño sí parece al menos formalmente una institución legal novedosa para nosotros, se le debe atribuir un significado, función y presupuestos distintos. Yo creo que la estimación judicial del daño es una medida alternativa y extraordinaria de solución del proceso, que permite al juez ubicarse fuera de él, que queda habilitada cuando la prueba practicada en el caso no convence al juez de forma no reprochable a la parte actora o a la demandada cuando se trata de estimar la extensión de la repercusión de sobrecostes, por la dificultad de cuantificación de una y otra magnitud, lo que invita a considerar primero de qué información se disponía y se ha podido disponer durante el proceso. Precisamente por esto último, se debe valorar de manera expresa si se ha hecho uso de las medidas de acceso a fuentes de prueba y con qué resultado.

57.- Debo admitir que una de las aportaciones más singulares de este juzgado y en la solución de casos análogos, como es sabido, es más difícil de compatibilizar con la respuesta y argumentación del Tribunal y no lo puedo ocultar: que la presunción de daño del artículo 17.2 de la

Directiva de daños incorpore una faceta económica a modo de daño mínimo y a favor del perjudicado por una infracción anticompetitiva. Porque la decisión del Tribunal se contenta con una reproducción literal de los considerandos 45 y 47 de la Directiva (párrafos 9 y 11) y concede en su razonamiento una gran importancia cualitativa a la pasividad probatoria de la parte actora, sin entrar a considerar qué es lo que pueda ocurrir en aquellos supuestos en los que la pasividad probatoria sea imputable a la parte demandada, que es la destinataria de la primera carga probatoria exigible en este tipo de litigación: refutar la presunción de daño tras cartel.

58.- Y debo confesar que esa es la razón por la que, hasta ahora, he querido acentuar que la situación de asimetría informativa existente entre las partes es la principal especie de dificultad probatoria y que condiciona de forma más intensa la estimación judicial del daño: porque he tratado de preservar un remedio favorable al perjudicado por una infracción anticompetitiva y que garantice su compensación en aquellos supuestos en los que el demandado no colabora con el buen fin del proceso, su conducta es obstruccionista, sus alegaciones evasivas y su actividad probatoria inconcluyente y opaca. Conceder importancia, como criterio resolutorio, por habilitante de la estimación judicial, a la persistencia de una situación de asimetría informativa en el proceso, es el mecanismo útil del que me he servido a sensu contrario para sancionar la inactividad probatoria de la parte demandada. Después, cuando colabora con el esclarecimiento del caso mediante una actividad probatoria intensa y transparente, el criterio de la asimetría informativa ya no es útil en ese sentido y me ha conducido, por el contrario, a sancionar la inactividad probatoria de los actores que litigan de forma especulativa, para enervar la procedencia de estimación judicial del daño por no apreciar dificultades invencibles de cuantificación. Para este último escenario, es decir, para reproducir la misma utilidad impresa a mis decisiones anteriores, bastará con recordar en lo sucesivo que el juez no puede suplir la inactividad probatoria de la parte actora. Para el primero, es decir, el caso del infractor negacionista y obstruccionista, ¿es todavía compatible con la respuesta del Tribunal de Justicia mi aproximación a la estimación judicial del daño como mecanismo para dotar de contenido económico mínimo a la presunción de daño tras cartel?

59.- De este modo, la respuesta del Tribunal de Justicia pone en riesgo, por su posible incompatibilidad, el recurso a la estimación judicial del daño como herramienta jurisprudencial para la configuración de un daño mínimo en los supuestos de pasividad probatoria del demandado y que, a modo de germen jurisprudencial precursor, pueda ser positivizado por el legislador español. Todo eso queda ya sobre la mesa de nuestro Tribunal Supremo.

60.- Pero creo que mi aproximación inicial, es decir, la de la serie de sentencias que mediaron desde el 20 de febrero de 2019 hasta el 10 de diciembre del mismo año, todavía es compatible con la respuesta del Tribunal de Justicia, según he dicho. Si existen esas dudas, es antes debido a los términos del caso donde la cuestión prejudicial se ha planteado, pues estaban demasiado alejados de ese escenario. No he propuesto al Tribunal indagar sobre esa faceta de la presunción de daño, ni su relación con las reglas procesales nacionales sobre distribución de cargas probatorias, ni sobre el eventual empleo de la facultad de estimación judicial del daño con esa vocación de mínimos y no plenamente compensatoria, cuando el demandado no coopera con el buen fin del proceso y prueba menos de lo que prueba el actor. Y si el Tribunal explicita que la pasividad probatoria del actor merece de un reproche judicial traducido en la imposibilidad de acceso a la estimación judicial del daño, es también razonable sostener que en su toma de posición habría resultado igualmente censurable la pasividad probatoria del demandado para refutar el contenido de la presunción de daño, como elemento a considerar en el desarrollo del juicio

estimativo allí donde, de forma no reprochable, la actividad probatoria del actor no logra ganar la convicción del Tribunal.

C) Sobre la respuesta a la tercera pregunta

61.- El Tribunal de Justicia reformula la sistemática de las preguntas segunda y tercera, para resolverlas de manera comunicada. Ciertamente lo estaban.

62.- De este modo, porque la asimetría informativa no es una especie reseñable de dificultad probatoria para el desarrollo del juicio estimativo, el Tribunal rechaza igualmente mi sugerencia sobre la relevancia de que el perjudicado por una infracción anticompetitiva demande a un infractor respecto de quien no estuvo contractualmente vinculado. Ese es el enlace preciso en la respuesta del Tribunal entre la responsabilidad solidaria de un cartelista, lo que nunca estuvo en cuestión, y los presupuestos para la concesión de una compensación alternativa a la solicitada con recurso a la facultad de estimación judicial del daño (párrafos 61-62 y 64-65).

63.- Sin embargo, la respuesta a esta pregunta es también una nueva muestra de la importancia que el Tribunal de Justicia quiere conceder al acceso a fuentes de prueba como herramienta procesal que debe caracterizar, en lo sucesivo, la aplicación privada del Derecho de la Competencia.

64.- Porque el Tribunal enfatiza que esta situación pone de manifiesto la importancia de la institución, siendo que, en tales casos, es esperable que el infractor demandado haga uso del mecanismo de acceso a fuentes de prueba previsto en el artículo 5 de la Directiva de daños para preparar convenientemente su defensa (párrafo 63).

65.- Como sucede con algunos de los matices que advierto a las respuestas anteriores del Tribunal, según sugerí al formular esta cuestión prejudicial y en las alusiones a la efectividad del derecho de defensa del demandado en su relación con el artículo 47 CEDH, la toma de posición del Tribunal de Justicia exige una disciplina distinta sobre el contenido del proceso civil español, para garantizar que la disponibilidad abstracta del acceso a fuentes de prueba sea una concreta. Y eso determinará, a todas luces, una nueva interpretación sobre los deberes, contenido y límites preclusivos de la actividad de postulación y prueba de la parte demandada en un proceso de estas características, porque son indebidamente apremiantes en el contraste con las oportunidades de las que disfrutaban los actores.

Cuarto.- Abandono de la doctrina jurisprudencial de la Audiencia Provincial de Valencia.

66.- Como he señalado anteriormente, la Audiencia Provincial de Valencia ya ha tenido la oportunidad de ofrecer expresamente su propia interpretación de lo resuelto por el Tribunal de Justicia mediante SAP Valencia, 9ª, núm. 185/2023, de 23 de febrero de 2023, ponente Purificación Martorell Zulueta. Hasta la fecha, como ya he señalado, he tratado de ajustar mis pronunciamientos en el enjuiciamiento de casos idénticos al presente a los sucesivos desarrollos jurisprudenciales de la Audiencia Provincial de Valencia. No por razón de una jerarquía inexistente o para eludir la responsabilidad sobre mis propias decisiones, sino por contribuir a la creación de un marco de litigación seguro. Pero el estudio minucioso de ese pronunciamiento me conduce a sostener que la interpretación que asume la Audiencia Provincial de Valencia, cuando en apariencia pretende conservar de forma incólume su propia doctrina jurisprudencial anterior y sin admitir siquiera un ligero matiz en esta, no es consistente con la respuesta ofrecida por el Tribunal de Justicia. Y es en este momento cuando, de manera motivada, debo hacer un expreso abandono de la doctrina

jurisprudencial de la Audiencia Provincial de Valencia en todo lo que considero incompatible con el pronunciamiento del Tribunal de Justicia.

67.- En efecto, mediante su sentencia de 23 de febrero de 2023, la Audiencia Provincial de Valencia ha desestimado el recurso de apelación interpuesto por ██████ contra la resolución dictada por otro juzgado mercantil de esta ciudad y que acordó la estimación parcial de una acción consecutiva a la misma Decisión que ha dado lugar a la formación de estas actuaciones, concediendo una compensación con recurso a la facultad de estimación judicial del daño, tras el rechazo del poder de convicción de los dictámenes periciales presentados por una y otra parte. La Audiencia Provincial de Valencia tiene oportunidad de recordar cuáles son sus criterios para la concesión de esa estimación judicial, enfatizando que esta no es procedente siempre, sino considerando las circunstancias particulares de cada caso, lo que requiere de una motivación específica que tome en consideración criterios consolidados y respetuosos con los principios de seguridad jurídica e igualdad, atendiendo a criterios cualitativos sobre las características de la infracción sancionada y a otros precedentes judiciales para llenar de contenido económico ese juicio estimativo del sobreprecio compensable, que se cifra en el 5% del precio neto de los vehículos a los que se refería a la demanda.

68.- La Audiencia Provincial de Valencia rechaza la argumentación de ██████ a propósito de que no procede conceder la estimación judicial del daño a favor del actor que se ha conducido con pasividad probatoria. A su vez, constata que en el caso enjuiciado el actor no hizo uso del acceso a fuentes de prueba ni tan siquiera cuando le fue específicamente ofrecido por la parte demandada. Advierte que la estimación judicial del daño es un “último extremo” para la solución del caso y que se alcanza en el “convencimiento de la existencia de un escenario de efectiva dificultad en la cuantificación del perjuicio sufrido” por el actor. Señala que la complejidad de la cuantificación del daño en el cartel de los fabricantes de camiones no se vincula en forma alguna a la conducta del actor, ni depende del resultado que podría haber deparado el acceso a fuentes de prueba si se hubiera llevado a cabo. Por el contrario, considera que “se aprecia en el abanico de resultados obtenidos para un mismo cartel, un mismo periodo temporal, una misma área geográfica, en función de los métodos utilizados y las múltiples variables a tomar y tomadas en consideración por la heterogeneidad del producto cartelizado”.

69.- Es decir que, tras el pronunciamiento de la sentencia del Tribunal de Justicia, la Audiencia Provincial de Valencia insiste (i) en conservar un umbral de exigencia probatoria que determina que ningún informe pericial logre nunca formar su convicción, (ii) rechaza conceder la más mínima trascendencia a la disponibilidad del acceso a fuentes de prueba o al uso efectivo que de eso hayan hecho las partes en el proceso, (iii) advierte que la dificultad probatoria presupuesta para la estimación judicial del daño es la de la complejidad y dispersión de los medios de prueba disponibles, sin tomar en consideración la perspectiva de las partes en lugar de la del juez que debe valorar esos medios de prueba y (iv) concede una estimación judicial desprovista de motivación económica, porque está inspirada en un criterio de igualdad.

70.- Creo haber comprendido finalmente las razones que explican nuestra discrepancia. En síntesis, la Audiencia Provincial de Valencia dispone un marco de jurisprudencia menor siempre inclinado a hacer de la estimación judicial del daño la solución normal de un proceso de aplicación privada del Derecho de la Competencia, por dos razones que no comparto. La primera razón es la de pretender que la compensación a conceder no solo debe ser efectiva y exacta, sino auténtica, por incontrovertible. Y es cierto que en la génesis jurisprudencial y legislativa de este Derecho siempre

se ha apreciado una tensión entre indemnidad y sobrecompensación, lo que en términos de política comunitaria se resume en la renuncia a inducir una cultura de litigación privada, la admisibilidad de la defensa basada en las repercusión de sobrecostes, la prohibición de imposición de daños punitivos, la omisión sobre cualquier provisión sobre la financiación de litigios o las acciones de clase y, en la última sentencia del Tribunal de Justicia, el énfasis en la necesidad de implementar de forma intensa los mecanismos de acceso a fuentes de prueba para un planteamiento adecuado del proceso. Pero, en el estudio de los efectos de una misma infracción y, por ejemplo, cuando grupos de reclamantes distintos utilizan aproximaciones distintas, con métodos distintos, sobre datos distintos y para la expresión de resultados distintos, nada de eso es un fiel de la complejidad de la solución del caso, sino un testimonio vivo de que la cuantificación del daño es efectivamente posible, es decir, que es fácil y que el grado de dispersión entre todas esas propuestas es una consecuencia inevitable de las limitaciones técnicas para la recreación hipotética de un escenario contrafactual, que es la única forma de observar el daño antitrust susceptible de compensación. Así, unos informes periciales merecerán ganar la convicción de los jueces y otros no. La Audiencia Provincial de Valencia asume que el acceso a fuentes de prueba no es una condición imprescindible para la estimación judicial porque las fuentes de información útiles son plurales, lo que puedo compartir y el Tribunal de Justicia parece avalar. Pero no admite la dispersión de resultados en los estudios de experto. Y eso no puedo compartirlo. La segunda razón es, quizás, la de creer que el juez es el penoso destinatario de una suerte de mandato legal y que le obliga a imprimir a sus resoluciones no solo una perspectiva económica, lo que es deseable, sino la recreación de todo un lenguaje del que, obviamente para una configuración orgánica como la española, carece. El juez no es un sucedáneo de experto llamado a ofrecer una motivación de significado económico efectivo, exacto, auténtico e incontrovertible, capaz de explicar cada informe que se le presenta. Pero, si eso fuera así, desde luego la estimación judicial del daño no es el remedio puesto a disposición del juez para relajar la necesidad de motivación económica de sus resoluciones. Paradójicamente, tal y como ya he señalado, la renuncia a la difusión de medidas de acceso a fuentes de prueba, que también son aptas para la contradicción más intensa y transparente de los dictámenes periciales presentados por las partes, esas salas de datos, agudiza las carencias del juez español para comprender mejor el significado de las pruebas disponibles y las diferencias entre las propuestas de cuantificación de los expertos. Porque impide que los expertos de las partes trabajen al mismo tiempo sobre los mismos datos y para una misma finalidad. Y eso no dificulta la cuantificación del daño compensable, que sigue siendo fácil cuando los datos son idóneos y abundantes, pero sí enturbia la capacidad del juez español de comprender mejor y analizar correctamente las propuestas de cuantificación de cada una de las partes.

71.- En el contraste de la interpretación que he asumido de lo resuelto por el Tribunal de Justicia con la síntesis plasmada en el párrafo anterior, temo que mi visión y la de la Audiencia Provincial de Valencia son ya irremediamente distantes, a la espera de un pronunciamiento unificador de la Sala Primera del Tribunal Supremo, con auténtico valor de doctrina jurisprudencial.

72.- En este escenario, si debo estar a todo aquello que en la doctrina de jurisprudencia menor largamente expuesta en esta resolución es todavía compatible con la última resolución del Tribunal de Justicia, al menos según yo lo creo así, debo abundar en lo sucesivo en un ejercicio de valoración probatoria que tome en consideración (i) la necesidad de establecer un estándar de exigencia compatible con los principios de efectividad y equivalencia del derecho al pleno rendimiento del perjudicado por una infracción anticompetitiva, (ii) para no hacer de la estimación judicial del daño la solución irreversible de un proceso *follow on*, (iii) que acepte las limitaciones

inherentes a un estudio de cuantificación de base hipotética y probabilística que es el único posible para este Derecho, (iv) que promueva la difusión de las medidas de acceso a fuentes de prueba como actividad probatoria correcta para un modelo de litigación correcto, (v) que no eluda el deber de valoración probatoria, (vi) que acepte en ocasiones la moderación de sus resultados, pero con arreglo a criterios de valoración contradictoria, (vii) que atienda a la intensidad del desempeño probatorio de las partes en el proceso y (viii) que alcance, de cualquier forma, soluciones económicamente justificadas.

Quinto.- Legitimación activa y vigencia de la acción.

73.- Debo apreciar la legitimación activa de las actoras y la vigencia de su acción. En efecto, los bloques documentales acompañados junto a la demanda (docs. 8-9 y anexos del informe Auren presentado como doc. 10), junto con la más documental presentada durante la celebración del acto de audiencia previa, son bastantes, según el cuerpo de doctrina jurisprudencial que he resumido anteriormente, para tener por acreditada la consumación de las operaciones de adquisición de los vehículos a los que se refiere la demanda y su formulación en plazo. Creo que se trata de cuestiones completamente superadas y sobre las que no conviene ofrecer ningún razonamiento adicional.

Sexto.- Compensación efectiva, cuantificación exacta e incertidumbres: una regla jurisprudencial para la litigación *follow on*.

74.- En este fundamento voy a conceder poder de convicción suficiente al dictamen pericial de cuantificación del daño presentado por la parte actora (doc. 10 actor, informe Auren), lo que determinará la estimación de la demanda. Para eso debo someter a un juicio de desvalor la pretensión principal de ██████ para la desestimación de la demanda, exponer un cuerpo de argumentos suficiente para un estándar de valoración probatoria aplicable a la litigación consecutiva a una infracción de cartel, apreciar la utilidad del informe del actor, desprestigiar la utilidad del informe pericial presentado por ██████ (informe E.CA Economics, digitalizado en fecha de 26 de enero de 2021 y escrito de ampliación digitalizado en fecha de 6 de marzo de 2021) y, por último, conceder igualmente la aplicación de intereses que suplica la actora.

A) Los cárteles causan daño mientras no se demuestre lo contrario

75.- Como he señalado, durante la tramitación de la instancia ██████ ha sostenido una estrategia procesal de máximos y resuelta en la solicitud insistente de desestimación de la demanda. Y ahora debo reprobar esa toma de posición, en cuanto no está basada en los hallazgos probatorios relevantes para la solución del caso, sino en una distorsionada concepción del significado de una infracción de cartel.

76.- En efecto, como trataré de abundar aquí, para el enjuiciamiento y solución de un proceso civil en España es más importante lo que se dice que lo que se prueba, porque lo que se prueba solo es de interés en su relación instrumental con lo que se dice. Si no se dice nada o, peor, si lo que se dice está equivocado o, peor aún, es abiertamente falso, entonces la prueba a practicar en el caso no sirve para nada.

77.- Así, el esfuerzo probatorio de ██████ se resuelve en una negación insistente de lo más rudimentario para las ciencias jurídica y económica: que los cárteles causan daño mientras no se pruebe lo contrario.

78.- En efecto, desde una perspectiva plural pero recurrente, ██████ destila en su escrito de contestación un abordaje inasumible de la máxima jurídica y económica anterior. Así es como deben entenderse, desde distintas facetas, sus constantes alusiones al significado de una infracción por objeto y no por efecto, sobre el desempeño de la autoridad de competencia, al resultado de un juicio de plausibilidad sobre la idoneidad de una conducta de cartel como la sancionada para generar efectos en el mercado, a las aportaciones de otras jurisdicciones que han enjuiciado el mismo caso o, por fin en enlace con su actividad probatoria, a la inexistencia de evidencias sobre los efectos en España de la conducta sancionada. La expresión de este sesgo cualitativo a lo largo del escrito de contestación a la demanda es tan insistente, que es verdaderamente difícil glosarla aquí. Pero baste considerar, nada menos, que el escrito de contestación de la demanda dedica hasta un 20% de su completa extensión a señalar, expresa y abiertamente, que el punto de partida para el enjuiciamiento de una acción consecutiva a una infracción de cartel es “la no presunción de daño” (hecho quinto).

79.- En los intentos de cuantificación de los lesionados por una infracción de cartel que litigan ante los juzgados españoles y en las respuestas de nuestros jueces, quizás puede advertirse una falta de experiencia o madurez. Muy dolorosamente, debo contarme entre los inexpertos e inmaduros. Pero también aprecio esos mismos defectos en el diseño de las estrategias legales de máximos de los demandados: no debería resultar admisible comparecer ante un tribunal español para sostener, como argumento principal de defensa, la aplicabilidad a un caso como este de una “no presunción de daño”.

80.- ¿Qué es un cartel? Una infracción muy grave, que compromete bienes jurídicos de carácter público y privado, todos ellos de relevancia constitucional tanto desde una dimensión nacional como comunitaria y cuyos efectos son empíricamente conocidos: los cárteles distorsionan el poder de mercado disponible para los infractores, afectan a la oferta de productos y servicios, a la demanda, introducen barreras de acceso al mercado y obstaculizan el desarrollo tecnológico. El cartel es el medio idóneo del que se sirven los cartelistas para conseguir todos esos objetivos. De otro modo, es decir, si eso no fuera posible, los cartelistas no se habrían cartelizado.

81.- Desde el pronunciamiento de las SSJM núm. 3 de Barcelona de 6 de junio de 2018, sobres de papel y de 20 de febrero de 2019, ya en este juzgado y para la solución de una acción de objeto análogo a la presente, he tenido oportunidad de repetir lo anterior hasta la saciedad.

82.- Y, en análisis del germen jurisprudencial y legislativo que condujo hasta la redacción del artículo 17.2 de la Directiva de daños, el Tribunal de Justicia ha señalado de manera incontestable que para el enjuiciamiento de una acción de características análogas a la que aquí examino, nunca puede obviarse que el cártel es el hecho identificativo para el desarrollo de una presunción de daño (STJUE, 1ª, de 22 de junio de 2022, asunto C-267/20, AB Volvo). Ese es el punto de partida del caso. Y, por eso, las primeras cargas de alegación y prueba relevantes para su solución impactan en el demandado.

83.- Nada de eso quiere decir que una sanción de cártel vacíe por completo el juicio discrecional del juez de aplicación privada para decidir sobre la aplicabilidad de la presunción de daño al caso concreto de que se trate, tal y como expresé mediante sentencia de 21 de octubre de 2022:

“102.- Aunque en un cartel concurren todas las condiciones que permiten a una infracción de esta clase ser especialmente eficiente en la generación y transmisión

de sobreprecio (en la recensión de Harrington, J. E., "The practical requirements of a successful cartel", disponible en SSRN), nunca podrá provocar un efecto que resulte completamente ajeno a su objeto. Esa nota de ajenidad, respondiendo al concepto de causalidad relevante, es de formulación económica. Y, partiendo de la resolución sancionadora, existe una absoluta distancia económica entre dos de las tres facetas del mercado afectadas por la misma infracción de cartel sancionada por la CNMC (partiendo de Marcos, F., "Daños causados por el cártel de los coches", Almacén de Derecho, 18 de noviembre de 2021). Nada de eso tiene que ver con su carácter de infracción única y continuada. 103.- Por lo tanto, la presunción de daño aplicable a una infracción de cartel con carácter general no puede emplearse en este caso respecto de esas dos conductas. No al menos si de lo que se trata es de determinar si la compraventa de un vehículo realizada a través de un distribuidor oficial en el año 2011 estuvo afectada por la infracción constatada por la resolución sancionadora. Cuestión distinta sería, por ejemplo, si la parte actora afirmase haber sufrido sobreprecio con ocasión de la celebración de un contrato de suministro, mantenimiento o un programa de fidelización semejante y trabado con la demandada durante el lapso infractor. Pero la demanda se refiere a otra cosa. 104.- Que una infracción de cartel sea el hecho identificativo con el que la jurisprudencia y legislación comunitarias han desarrollado una presunción de daño, es igualmente compatible con una necesaria labor de análisis de la tipología de la infracción sancionada por parte del juez de daños (de nuevo en la sentencia Otis I). Nuestra doctrina ya ha enfatizado que el sustrato que resulta del efecto vinculante o de las presunciones de daños, si conduce el juicio discrecional del juez mercantil, todavía le exige comprobar la concurrencia en el caso de que se trate de los presupuestos de la regla de responsabilidad civil por daño para evitar incurrir en excesos (en este sentido, sobre algunas facetas determinantes del juicio de causalidad e imputación, puede verse Marcos, F., "Alcance y límites de la responsabilidad solidaria por los daños causados por el cártel de fabricantes de automóviles", Working Paper IE Law School, 20 de septiembre de 2022). 105.- Por el contrario, una conducta infractora como el club de marcas, que consiste esencialmente en el intercambio de información sobre uno de los elementos determinantes de la formación del precio de un automóvil para las ventas realizadas a través de un concesionario oficial, como la remuneración y márgenes comerciales con efecto en la fijación de los precios de venta de los automóviles, es potencialmente lesiva en términos de sobreprecio. Por eso para esta conducta resulta aplicable una presunción de daño. Nada de eso tiene que ver con el extremo de que la parte actora, como adquirente final del producto, sea una eventual perjudicada indirecta por la infracción, de nuevo para esa noción de causalidad relevante de la regla de responsabilidad por daño antitrust y en concordancia con los preceptos que le conceden legitimación activa por tal motivo (art. 79.2 LDC). Porque el primer afectado por esa conducta fue, eventualmente, el concesionario".

84.- Y tiene razón [REDACTED] cuándo señala que, allí donde resulte aplicable una presunción de daño, esta debe ser rebatible. Y también debo conceder a [REDACTED] que una presunción refutable sujeta a un estándar de valoración probatoria que nunca permite de manera efectiva conseguirlo, es una distorsión de la naturaleza y finalidad de esa presunción. Por eso, por añadidura a los términos en los que resolvió el planteamiento de cuestión prejudicial, que no eran precisamente hostiles para

la estrategia procesal de los cartelistas, de nuevo mediante sentencia de 21 de octubre de 2022, señalé que:

“63.- El corolario de todo lo razonado hasta aquí es que el marco jurídico aplicable a la solución de este caso todavía adolece de imperfecciones que, incluso aceptando la enorme presión a la que nos enfrentamos como consecuencia de la fragmentación y pobre calidad de esta clase de litigación, exigen a los jueces valencianos (i) evitar la incorporación entre nosotros de criterios que mermen la efectividad del derecho al pleno resarcimiento del perjudicado por una práctica anticompetitiva, (ii) que también eviten una solución estandarizada y arbitraria de estos nuevos grupos de casos, (iii) que sean respetuosos con los derechos de defensa de los demandados, (iv) que intervengan como incentivo para fomentar una litigación más sofisticada y (v) que posibiliten que podamos hacer mejor nuestro trabajo”.

85.- La cuestión subsiguiente y que resta por abordar a la jurisdicción española es esta: ¿cómo se puede refutar la presunción de daño inherente a una infracción de cartel? Pues bien, es nuevamente significativo recordar que para el proceso civil español es más importante lo que se dice que lo que se prueba.

86.- Porque uno de los hitos principales para conducir el juicio sobre la ausencia de refutación de la presunción de daño que, como diré a continuación, es aplicable a la solución del caso, es la completa ausencia de explicación por parte de ninguno de los infractores sancionados por la Decisión de la Comisión a propósito del origen, contenido, funcionalidad y utilidad económica que explican la infracción por la que, además de manera pacífica mediante la solución convencional del proceso de aplicación pública, aceptaron ser sancionados.

87.- Durante el último lustro he prestado especial atención y energías al enjuiciamiento de este grupo de casos. Nunca he recibido el más mínimo esclarecimiento sobre los extremos anteriores por parte de ningún destinatario de la Decisión a la que se refiere la demanda.

88.- Si las explicaciones son más importantes que los medios de prueba ofrecidos para la refutación de la presunción de daño, porque sin postulación no hay prueba pertinente y útil, eso no resta pertinencia y utilidad a la labor probatoria que se desarrolle con tal fin cuando esa explicación sí se haya ofrecido previamente. Pero ¿qué medios de prueba serán aptos para eso y en tal caso?

89.- Pues bien, debo ahora afirmar de forma absolutamente rotunda que un informe econométrico de cuantificación ausente del daño compensable es un instrumento de prueba completamente impertinente e inútil para refutar la aplicabilidad y significado económico de la presunción de daño aplicable a una infracción de cartel.

90.- Porque la actividad probatoria a desarrollar en tal sentido es mucho más sencilla, más asequible y terriblemente más poderosa: junto a esa ausencia de explicación a la que me refería anteriormente, nunca ha sido puesto a mi disposición ningún elemento probatorio bastante para acreditar cómo funcionó el cartel sancionado. En el contraste con la naturaleza puramente hipotética y especulativa de un informe econométrico como el suscrito por E.CA Economics, para acreditar el carácter inocuo del cartel sancionado por la Comisión, en términos de ausencia de efectos en el mercado español, bastaría con la aportación de documentación suficiente y relativa a (i) la concreta información que ██████ puso a disposición del resto de infractores, (ii) la concreta información que ██████ recibió como contraprestación, (iii) el contenido de la interlocución

sostenida a tal fin con identificación de las personas que desarrollaron esos actos, (iv) el procesamiento de esa información a través de la estructura de [REDACTED] (v) su concreta aplicación empresarial y (vi) la experiencia compartida entre infractores sobre los resultados obtenidos tras todo ello.

91.- Con ocasión de la sentencia de 30 de diciembre de 2019, señalé que:

"(...) (ii) Aportar aquí los documentos e información traídos al expediente sancionador instruido por la Comisión, como beneficiario del programa de clemencia. Man, si así lo desea y con el fin de acreditar la ausencia de producción de daños en este caso y en el resto de los que se enjuician actualmente ante este y otros juzgados españoles, puede compartir, por sí misma, la documentación de esa naturaleza que obre en su poder. Nada obsta a que el titular de una información confidencial, beneficiario de los distintos remedios de sigilo que se establecen en la aplicación privada del derecho de la competencia, la comparta espontánea y voluntariamente en un proceso follow on. Ciertamente, si la defensa de Man, resumida al menos en términos sustantivos, se centra en el extremo de sostener que la infracción sancionada es de una especie de las que no causan efecto directo en el mercado y que las características de este mercado en concreto no habrían permitido una práctica distinta, tanto mejor que aporte la información que permitió constatar la auténtica naturaleza de esa infracción. Porque los destinatarios de la obligación de sigilo inherentes a los documentos o declaraciones presentados en un programa de clemencia son la autoridad de competencia y los juzgados de aplicación privada del derecho de la competencia, en la medida en que no pueden compeler a dicha autoridad a que revele información de esa naturaleza. Pero no el beneficiario de la clemencia concedida por dicha autoridad y único titular de esa información. Aquí, la propia Sra. Zoido reconoció que Man tampoco ha puesto a su disposición información de esta clase".

92.- De manera parecida, la valiosa sentencia [2023] CAT 6, 7 de febrero de 2023, Royal Mail, ha señalado que:

"51. Mr Beard KC's submissions in relation to this centred on the qualification in relation to "market intelligence" and the suggestion that DAF did not in fact have sufficient market intelligence to be able to calculate its competitors' net prices. This, in our view, undermines the point being clearly made in the recital, namely that all the Addressees were better able to calculate each others' net prices because of the exchange of gross list prices and the degree to which each one individually might have been able to do so might have been dependent on the "quality of the market intelligence at their disposal". 52. We think that, without evidence as to the market intelligence at DAF's disposal or indeed as to what DAF did use the gross list price information for, DAF is bound to accept that it was better able to calculate its competitors' "approximate current net prices" from the exchange of gross list prices. DAF did not secure any exemption for its allegedly different position in the Settlement Decision and cannot rely on any qualification in relation to market information without adducing evidence as to the market information at its disposal. (...) 116. We take no account of this speculation and it is an inappropriate way of approaching this issue by DAF. The burden remains on the Claimants to prove

causation but where DAF has elected to call no evidence as to how the Cartel was operated by DAF and how it used the information to its advantage it is not open to its Counsel to speculate as to what actually happened. This was highly commercially sensitive information that was disclosed among the Cartelists over a long period of time. The Commission found that this information enabled the Cartelists to be better able to calculate their competitors' approximate net prices. Further, the basis of a finding of an infringement by object is that it is very likely to have had negative effects on transaction prices. Therefore, in our view, this means that, if DAF wished to argue that, because of the way it used the confidential information obtained through the Cartel, there was no effect on prices, it would have had to adduce factual evidence to such effect. In other words, DAF's admissions and the Settlement Decision establish a prima facie case that the Cartel had an adverse effect on transaction prices".

93.- La ausencia de efectos tras una infracción de cartel es un resultado muy extraño, porque lo que los cárteles persiguen es producirlos. Y, en este caso, la presunción de daño no ha sido refutada convenientemente por [REDACTED]. Porque, en efecto, el cartel sancionado por la Decisión es uno generador de sobreprecio, no ha ofrecido explicación alguna sobre su significado y su prueba es inadecuada a tal fin.

B) El cartel sancionado por la Decisión es uno generador de sobreprecio

94.- Mediante sentencia de 20 de febrero de 2019, mi primera sentencia en este caso, ofrecí una interpretación sobre lo resuelto por la Decisión y lo que eso debía significar para la solución de un proceso como este, así:

"(...) La conducta sancionada no consistió en un mero intercambio de información entre las empresas cartelistas, guiadas con la sola intención de hacer el mercado de venta de camiones más transparente, aunque cabe igualmente señalar que ese solo extremo ya distorsionaría la fijación de precios en ese mercado, al reducir el margen de incertidumbre con el cual las empresas compiten entre sí en un mercado perfecto, lo que necesariamente habría tenido alguna suerte de incidencia en la determinación de esos precios. Pero, abandonando este último argumento, cabe afirmar que de la Decisión sí se desprende la comisión de una infracción susceptible de generar daños en forma de sobreprecio al destinatario final del producto cartelizado, es decir, al adquirente de un camión como el que compró la parte actora en este proceso. Todo en la interpretación conforme del régimen aplicable al caso, según nuevamente diré. Cuestión distinta es que, a los efectos de sanción y disuasión de esa conducta o para contentar los fines de la aplicación pública del derecho de la competencia en este caso, la Comisión no se detuviera en considerar la incidencia material de la conducta sancionada en el mercado en ninguna de sus dos especies relevantes aquí (fijación de precios brutos y repercusión de sobrecostos por implantación de nuevas tecnologías sobre emisiones). O, también, que no haya querido revelar ningún dato adicional en su versión no confidencial. 52.- Para dar en esa conclusión, de acuerdo con la conjugación más elemental del principio de vinculación de lo resuelto por la autoridad de competencia, basta con la reproducción de la parte dispositiva de la Decisión, tal y como he citado en la enumeración de hechos relevantes para la solución del caso y como esfuerzo en el

que no es necesario insistir ahora. De la reproducción de su parte dispositiva se constata que la demandada, según las reglas sobre legitimación pasiva que he asumido aquí, participó en acuerdos colusorios consistentes en la fijación de precios brutos y repercusión de algunos sobrecostes, durante el lapso de 1997 a 2011 y en relación con los camiones de las características técnicas que se describen en el cuerpo de la Decisión. 53.- Precisamente de la motivación de la Decisión, en su versión no confidencial y auténtica, pueden extraerse pasajes relevantes que ayudan a comprender cuáles fueron los hechos que constató la Comisión, con independencia de la clase o naturaleza de la infracción posteriormente sancionada, para desechar la línea argumental de la demandada en este punto. Así (con énfasis añadido): "(2) The infringement consisted of collusive arrangements 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 infringement covered the entire EEA and lasted from 17 January 1997 until 18 January 2011. (...) (27) The pricing mechanism in the truck sector follows generally the same steps for all of the Addressees. Like in many other industries, pricing starts generally from an initial gross list price set by the Headquarters. Then transfer prices are set for the import of trucks into different markets via wholly owned or independent distributor companies. Furthermore there are prices to be paid by dealers operating in national markets and the final net customer prices. These final net customer prices are negotiated by the dealers or by the manufacturers where they sell directly to dealers or to fleet customers. The final net customer prices will reflect substantial rebates on the initial gross list price. Not all steps are always followed, as manufacturers also sell directly to dealers or to fleet customers. (28) With regard to the initial gross price lists of new trucks, all of the Addressees except Iveco applied a gross price list with harmonised gross list prices across the EEA. Renault introduced EEA price lists in 2000 but its implementation took some time, Volvo had an EEA price list since January 2002; DAF since September 2002; MAN since 2004; and Daimler since 2006. These initial EEA gross price lists were decided by the Headquarters. The EEA price lists contained the prices of all medium and heavy truck models as well as all factory-fitted options that the respective manufacturer offered. (...) (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. Furthermore, they exchanged their respective delivery periods and their country-specific general market forecasts, subdivided by countries and truck categories. In addition to the meetings, there were regular exchanges of competitively sensitive information by phone and email. (52) The following examples of meetings illustrate the nature of the discussions, in particular between the Addressees at the Headquarter-Level during the early period of the infringement. On 17 January 1997, a meeting was organised in Brussels. It was attended by representatives of the Headquarters of all of the Addressees. The evidence demonstrates that future gross list price changes were discussed. During a meeting on 6 April 1998 in the context of an industry association meeting, which was attended by representatives of the Headquarters of all of the Addressees, the participants coordinated on the introduction of EURO 3 standard compliant trucks. They agreed not to offer EURO 3 standard compliant trucks before it was compulsory to do so and agreed on a range for the price additional charge for EURO 3 standard compliant trucks. (53) On the upcoming changes to Euro price lists, the evidence shows further that all of the Addressees were involved in discussions about using the introduction of the Euro currency to reduce rebates. The parties involved discussed that France had the lowest prices and agreed that prices in France had to be increased". 54.- De este modo, resulta que la conducta sancionada por la Comisión estribó en un acuerdo de fijación de precios brutos, con necesaria incidencia en la determinación de los precios netos o de venta al destinatario final del producto cartelizado según diré, en el mismo mecanismo de fijación y repercusión de precios que la Decisión describe, mientras no se pruebe lo contrario. Cuestión distinta es que el mecanismo de fijación de precios contemplara otros factores adicionales para la determinación del precio final a satisfacer por el destinatario del producto. Pero el precio bruto de los camiones en cuestión estuvo cartelizado durante largo tiempo y eso, ontológicamente, tuvo consecuencias en el precio neto al menos mientras, insistiré en ello, MAN España no demuestre lo contrario. Esta misma conclusión es igualmente predicable respecto de la segunda de las infracciones constatadas, la repercusión de sobrecostes por implementación de nuevas tecnologías. Lo explica así la STJUE (Tribunal General, Cámara Cuarta), asuntos T-379/10 y 381/10, de 16/9/13: "(60) First of all, in general terms, indicative prices in price lists serve as starting point for subsequent negotiations with customers. Consequently, whatever the purchasing power of the wholesaler on the bathroom fittings and fixtures markets may have been, the annual coordination of those prices between manufacturers is liable to have influenced the level set for the transaction prices paid initially by those wholesalers and, subsequently, by the end consumer". 55.- Es cierto que la Decisión también señala lo siguiente: "(82) It is settled case-law that for the purposes of Article 101 of the TFEU and Article 53 of the EEA Agreement there is no need to take into account the actual effects of an agreement when it has as its object the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market and/or EEA, as applicable. Consequently, in the present case it is not necessary to show actual anti-competitive effects as the anti-competitive object of the conduct in question is proved". 56.- Pero, insistiré también en ello, eso solo revela lo innecesario de que la autoridad de competencia examine la incidencia material de las prácticas que fiscaliza por razón de su objeto, a

los efectos de sancionar esa clase de conductas que, por sí mismas, distorsionan la libre competencia en el mercado (en el párrafo 80 de la decisión y con remisión a las SSTJUE C-67/13 y 286/13). De eso, por el extremo de que los efectos de la conducta en cuestión no hayan sido cuantificados, no debe seguirse que esa conducta no sea susceptible de generar daño y que, por tal razón, deba acreditarse el hecho del daño en un proceso follow on posterior o, en menor medida, que se excluya de manera absoluta la presencia de nexo causal entre infracción y el daño que se invoque en ese proceso".

95.- Pues bien, de manera coherente con lo observado en el apartado anterior, debo conservar la plena aplicabilidad de la presunción de daño inherente a una infracción de cartel para guiar la solución del caso. Pero debo también advertir que hasta dos hechos notoriamente conocidos (art. 281.4 LEC) refuerzan la plena aplicación de esta presunción, que es tanto como admitir que el cartel sancionado por la Decisión produjo efectos en el mercado español, que esos efectos deben de ser cuantificables en alguna forma y que, sí, esto último debe ser un esfuerzo probatorio del actor. De otro modo, la presunción de daño no significaría nada. Porque abordaré a continuación aportaciones de otras jurisdicciones, debo recordar el carácter único y continuado de la infracción sancionada y su afectación homogénea al espacio económico comunitario.

96.- Por un lado, que otras unidades económicas destinatarias de la misma decisión sancionadora ya han alcanzado acuerdos transaccionales para la compensación confidencial de los perjuicios ocasionados por la infracción (CAT, 1291/5/7/18(T), Consent Order, 23 august 2022, trucks cartel).

97.- Por otro lado, que otras unidades económicas destinatarias de la misma decisión sancionadora ya reconocen abiertamente que esta afectó a los precios netos de sus productos. Así en la sentencia [2023] CAT 6, 7 de febrero de 2023, Royal Mail:

"44. DAF did make extensive admissions of the Claimants' allegations as to the Infringement derived from the Settlement Decision. Thus, in its Defence ([16] to [19]), DAF has admitted the following: (1) the Infringement followed a single economic aim, namely the distortion of price setting and the normal movement of prices for Trucks in the EEA; (2) the Infringement was ultimately aimed at restricting price competition; (3) all of the Cartelists exchanged gross price lists and information on gross prices, as well as other commercially sensitive information such as order intake, stock, delivery times, and other technical information; (4) most of the Cartelists engaged in the exchange of computer-based Truck configurators; DAF had access to at least three (and possibly four) of its competitors' configurators; the exchange of configurators helped the Cartelists compare their own offers with those of their competitors, which further increased the transparency of the market; and such exchanges also facilitated the calculation of gross prices for each possible Truck configuration; (5) the Cartelists discussed and informed each other of their respective planned gross price increases, and in some cases agreed those increases; (6) some of the Cartelists exchanged information on harmonising gross price lists for the EEA during bilateral meetings in 1997 and 1998; (7) the exchange of gross price lists and information on gross prices could be combined with other information gathered through market intelligence to enable a better calculation of another manufacturer's approximate current net prices than would have been possible

otherwise; (8) such exchanges also placed the Cartelists in a better position to understand each other's European price strategy than on the basis of market intelligence alone, thus putting them in a position to take account of the information exchanged; (9) the exchange of information on gross prices may have influenced the price position of some of the Cartelists' new products; (10) the Infringement also included collusion in relation to net prices and net price increases; (11) the Infringement also included collusion on the timing for the introduction of emission technologies required by EU legislation, and the passing on to customers of the costs of those technologies; for example the Cartelists: (i) agreed not to offer Euro 3 compliant Trucks before it was compulsory to do so; (ii) agreed on a range for the additional price for Euro 3 compliant Trucks; (iii) discussed prices for the technology complying with the Euro 4 and Euro 5 standards; (iv) agreed not to introduce Euro 4 compliant Trucks until September 2004; and (v) shared information regarding the surcharges for EEV compliant vehicles; (12) the Cartelists engaged in the collusion through several layers of competitor meetings and other contacts at both the Headquarters level and the German subsidiary level; DAF further admitted that meetings took place regularly, and that the German subsidiaries reported back to Headquarters to varying degrees; and (13) Many of the specific examples of collusion which were pleaded by the Claimants in [18(a) to (ff)] were based on the disclosure from the Commission file”.

98.- Por fin, que ya son conocidos algunos elementos de prueba incontestables sobre la vocación, contenido y funcionalidad del cartel que, precisamente, involucran también a [REDACTED] y que revelan la afectación del mercado de compraventa de camiones en términos muy concretos. Así, de nuevo ante la jurisdicción inglesa y en la sentencia [2023] CAT 6, 7 de febrero de 2023, Royal Mail:

“123. (...) (5) In an internal Mercedes email from Ian Jones dated May 2008, there was reference to a 4.5% “exchange rate recovery price increase” by Mercedes and it discussed how much of that increase was likely to be achieved in increased transaction prices. Mr Jones added that “...DAF took a 4.5% price increase, including inflation, and advised me privately that they were budgeting on realising 2.4%”. This (in addition to revealing evidence of the exchange of actual net price intentions between key competitors in the UK market) approximates to Mr Ashworth's evidence as to approximately half of the list price increase being reflected in the transaction prices but also illustrates how the Cartelists were able to gather confidential information about proposed changes in each others' net prices”.

C) El informe Auren es equivocado y es útil para la solución del caso

99.- Tal y como he señalado, desde la perspectiva judicial esta clase de litigación se caracteriza por la complejidad de algunos de los elementos probatorios disponibles para su solución, entre ellos la formulación de amplios informes de experto con un marcado acento económico, que procuran la recreación de un escenario contrafactual donde el daño compensable pueda ser observable, todo a través de la gestión de un amplísimo volumen de datos que son sometidos a un proceso de análisis intenso y sofisticado, para la expresión de resultados que están nuevamente necesitados de interpretación.

100.- Si de lo que se trata es de la creación de una regla jurisprudencial que indique cuándo y cómo la actividad de las partes será considerada adecuada para la solución del caso, debe tomarse en consideración (i) la especificidad de la prueba a practicar en este Derecho, (ii) un remedio a las limitaciones del discernimiento del juez, (iii) el significado de la valoración económica que está llamado a proporcionar y (iv) la aplicación de la doctrina del Tribunal de Justicia cuando enfatiza que la exactitud sobre la existencia y cuantificación del daño compensable coexiste con algunas incertidumbres inevitables.

101.- Porque durante los últimos años he tenido oportunidad suficiente de describir y analizar los informes periciales presentados nuevamente aquí para la solución del caso, en sus distintas versiones, tal y como ya he resumido en los antecedentes de esta resolución, quiero aprovechar este pronunciamiento para la recreación de ese estándar jurisprudencial deseable, antes que para descender de manera más minuciosa al contenido de uno y otro informe pericial.

102.- Sobre la primera cuestión, en desarrollo de los criterios de valoración probatoria establecidos en la sentencia Azúcar II, que también son sobradamente conocidos, mediante sentencia de 30 de diciembre de 2019, donde también introduce algunas pautas interpretativas ofrecidas por la Audiencia Provincial de Valencia al respecto y de recensión de otras aportaciones extraídas de los materiales comunitarios de *soft law* puestos a disposición de los jueces nacionales, señale que:

“67.- De todo eso, después de reconocer quién tiene que hacer qué en un proceso follow on, en qué medida afecta eso a un juez de aplicación privada del derecho de la competencia y antes de la valoración probatoria, la expresión de un auténtico prejuicio, así: (i) Que las limitaciones ante las que un lesionado por una práctica anticompetitiva se encuentra para ofrecer una cuantificación concreta del daño sufrido, se diluyen por la existencia de una carga procesal precedente de la que no es destinatario (la acreditación de la ausencia de producción de daño, que incumbe al demandado) y por la existencia de un marco legislativo y jurisprudencial de valoración probatoria que ubica un proceso follow on en un plano inclinado y favorable a la estimación de demandas privadas, en el contexto de un derecho sancionador, el de competencia, que ha iniciado una transición legislativa y jurisprudencial hacia otro de daños, sin dejar de perseguir los mismos fines de disuasión de conductas ilícitas y sin que eso altere la naturaleza compensatoria y no punitiva de la responsabilidad civil por daños en la que se traduce la aplicación privada de ese derecho. (ii) Que el papel preponderante de la ciencia económica en el desarrollo de todos los aspectos del derecho de la competencia no significa que, incluso reconociendo la tensión existente entre los significados económico y jurídico de este derecho, el juez deba dejar de resolver las cuestiones que se le plantean con arreglo a criterios estrictamente jurídicos y desde una perspectiva esencialmente jurídica. El conflicto entre las partes no es económico, es jurídico. El remedio que se da para solucionarlo, el proceso y sus límites, también son herramientas jurídicas y no económicas. Por eso los jueces, para valorar las evidencias económicas que aporten las partes al proceso, siempre conservan su discrecionalidad, tanto como para valorar cualquier otra prueba de naturaleza distinta. Entonces, no es necesario que el juez, a través de su resolución, sea capaz de entablar un diálogo económico con los expertos presentados por las partes y sus dictámenes, porque la solución del

caso no necesita eso. (iii) A su vez, nunca puede obviarse que las propias teorías y opiniones económicas están sujetas a sus propias discusiones, de manera que la elección de uno u otro método de estimación, la composición de las muestras de datos, la selección y rechazo de variables o la plasmación de unos u otros resultados, nunca son incuestionables. Por eso, basta con que la cuantificación de los daños eventualmente sufridos y la valoración de los dictámenes periciales de las partes, se reconduzcan a un juicio sencillo, más o menos ortodoxo, pero suficiente para la solución final del caso, considerando la información de la que se disponga en el proceso y la conducta en él de cada una de las partes involucradas en la solución de ese caso. (iv) Aunque el juez puede practicar por sí solo una actividad de crítica de la prueba pericial, así en el art. 347.2 LEC, hay una labor de contranálisis del dictamen pericial presentado por una de las partes que solo incumbe realizar a la parte contraria y que solo puede realizar bien la parte contraria, máxime en escenarios de gran complejidad técnica y económica. Por eso, en mi opinión, resulta muy artificial que los jueces moderen por sí mismos la cuantificación del daño ofrecida por una de las partes rechazando parcialmente su dictamen sin asumir otro que lo sustituya, en ausencia de esa labor de contranálisis y de un elemento de prueba más sólido ofrecido por la parte contraria. Cuando el juez descende a censurar unos u otros aspectos particulares del informe de experto que se le presenta, que nunca comprenderá exhaustivamente desde una perspectiva holística y sensitiva, ni cuantitativa ni cualitativamente, su valoración puede resultar muy distorsionada y verse, en realidad, afectada por factores contextuales que no son los inherentes a la prueba pericial de que se trate. La ventaja de los jueces es que no necesitan hacer nada de eso para ofrecer buenas soluciones y que, por el contrario, sí pueden encontrar esas buenas soluciones apoyándose en juicios económicos sencillos pero eficaces. El juez debe evitar conducirse con escrúpulo probatorio, como atavismo o anclaje ampliamente contrastado por la literatura científica: las posiciones de una y otra parte intervienen como máximos y mínimos de cuantificación en la mens del juez, que opta por soluciones de cuantificación intermedias, sin tener buenos argumentos técnicos (probatorios) para hacerlo”.

103.- Sobre la segunda cuestión, de manera más reciente, mediante sentencia de 21 de octubre de 2022 he señalado que:

“122.- Pero también he señalado que la adopción de medidas de gestión procesal para el desarrollo de una actividad de prueba más intensa no solo está llamada a permitir que las partes intervinientes en este tipo de procesos reformulen sus estrategias probatorias. También que se exija una crítica profunda de los intentos de cuantificación de cada parte y, así, permitir una interpretación y valoración más asequibles por parte del juez. Con ocasión de la SJM núm. 3 de Valencia, de 24 de febrero de 2022, cartel de camiones, señalé que: “33.- Cuando las pericias son complejas, extensas y netamente técnicas o cuando ya no valen aproximaciones retóricas como herramientas bastantes para el análisis de un objeto oscuro al entendimiento de un jurista, quien no puede realizar una labor de crítica de un dictamen pericial econométrico es el juez. Esto no significa reconocer aquí la imposibilidad de valoración de un medio de prueba o la renuncia al ejercicio de la labor de asignación discrecional de daños que como juez me asiste. Pero sí debo

enfatar que el juez no puede hacer eso de manera global, por sí mismo y sin una previa y adecuada labor auxiliar de la contraparte de que se trate. De otro modo, el análisis de la prueba pericial se resume en una selección por resultado, como criterio sobre el que se ha construido visiblemente el estado jurisprudencial (aplicable) (...).

34.- Sostener lo contrario, es decir, considerar que el juez puede asumir o refutar por sí mismo un estudio de esas características, o bien supone un acusado ejercicio de voluntarismo o, sencillamente, una falacia aparatosa. En realidad, este problema es aparente y está resuelto por dos máximas fundamentales y asequibles. Primero, que, si el juez dispusiera del acervo técnico suficiente para analizar un objeto de prueba de esta clase, no precisaría el auxilio de un perito para resolver el caso mediante una cuantificación del daño ortodoxa y no alternativa. Es decir, la naturaleza y función de la prueba pericial excluyen esa aproximación voluntarista, pues un informe de experto está basado en la expresión de una ciencia de la que el juez carece. Segundo, que la litigación por daños en general se explica de manera recurrente por la confrontación de diversos dictámenes periciales de cuantificación y por la crítica simultánea y recíproca de uno y otro dictamen por cada una de las partes intervinientes en el proceso. Eso es lo que pasa en cualquier proceso por daños ante la jurisdicción civil española. De manera poco razonable, esta pretendida y falsa especialidad del Derecho de la Competencia, es decir, que pueda eximirse a una parte de la carga de examinar minuciosamente la pericia presentada por otra, parece haber excluido la experiencia más habitual en la litigación por daños.

35.- Por el contrario, cada parte en el proceso debería asumir, a través de su equipo de expertos, la censura de los datos obtenidos por las restantes partes y sin basarse en un solo escrúpulo para su rechazo. Después, debería refutar la selección de métodos de cuantificación, enfoques y asunciones que conduzcan el estudio de que se trate. Por último, debería procurar la reproducción del estudio econométrico en el que todo eso se resume, para enfrentarlo con sus propias contradicciones o insuficiencias. Y, solo cuando se hubiera hecho eso y mediante una documentación suficiente, podría entonces el juez desarrollar una convicción crítica sobre la aptitud de la prueba practicada por una y otra parte para resolver el proceso. En resumen: el juez civil, por sí solo, no puede identificar lo que no funciona bien en un dictamen como el presentado por Man, aunque lo intuya desviado, por poco coherente con la naturaleza y características de la infracción sancionada, el contexto del proceso y el resultado del resto de medios de prueba practicados en el caso. Y tampoco debería hacerlo, aunque pudiera, pues no puede sustituir la actividad probatoria de las partes en el proceso”.

104.- Sobre la tercera cuestión, de nuevo en la sentencia de 30 de diciembre de 2019, señalé que:

“68.- De este modo, en la jurisprudencia mayor y menor reproducida y en los documentos sugeridos por la Comisión, que determinan ese punto de partida para el análisis pericial en los procesos follow on, basta con que el juez, para la valoración de los dictámenes periciales traídos a las actuaciones, desarrolle una labor de comprobación que recorra intelectualmente los siguientes estadios (tomando como referencia el Estudio passing-on, Capítulo VI, “39 steps: a checklist for judges”, pp. 181-205): (i) Debe realizarse un antejuicio sobre las evidencias que indiquen que

hay existencia de sobrepuestos y de su posibilidad de repercusión aguas abajo en el mercado afectado por la infracción. (ii) Debe descenderse hasta una comprensión suficiente del mercado afectado por la infracción, como una consideración económica preliminar, discriminando qué factores intervienen en la determinación de precios, cuáles están afectados por la infracción y cuáles pueden no estarlo, lo que exige una búsqueda de datos minuciosa sobre los efectos de la infracción. (iii) Debe resultar justificada la elección de unos u otros modelos de estimación del grado de repercusión de sobrecostes. Los modelos deben conducirse con arreglo a estándares aceptados por la comunidad científica, que son los condensados en la Guía Práctica. (iv) Si se realiza un juicio comparativo entre la evolución del mercado infractor y otro próximo, la selección de ese mercado analógico debe resultar suficientemente justificada. (v) Cualquier valoración debe ser una individualizada, de forma que discrimine cómo ha intervenido cada empresa infractora en el mercado cartelizado y que analice la eventual capacidad del destinatario de la conducta para soportar, en su caso, un mayor o menor umbral de repercusión del sobrepuesto aplicado por el cártel. (vi) La robustez de una estimación descansará en el grado de transparencia con el que cada perito explique qué datos ha tenido en consideración, cómo los ha obtenido y cuál es su calidad, qué método de valoración ha empleado y por qué ha decidido hacerlo así, cuáles son las valoraciones cuantitativas y cualitativas que soportan sus conclusiones y, por fin, como ha sometido a crítica sus propias conclusiones, despreciando la presencia de factores de confusión, reformulando sus estimaciones con empleo de variables distintas y expresando, en cualquier caso, la fiabilidad de esas conclusiones en términos aceptables para la ciencia económica”.

105.- Y, sobre la cuarta cuestión, propongo ahora estas pautas jurisprudenciales:

(i) El acento económico que debe conducir al juez a la formación de su convicción y a la expresión de la motivación que la sostiene, no tiene por objeto y finalidad la sustitución de la función que está llamada a realizar el experto.

(ii) Por exceso de lo que estoy dispuesto a conceder en términos de presupuestos aptos para el recurso a la estimación judicial del daño, no considero aceptable el equívoco intelectual que ■■■■ parece sugerir con ocasión de sus últimas conclusiones y que puede expresarse así: que el juez no se esconda, no ya tras la facultad de la estimación judicial del daño, sino que salga al encuentro de su prueba pericial para valorarla según el lenguaje y términos en los que está formulada. Porque lo que ■■■■ pretende, lo recordaré de nuevo es, primero, un pronunciamiento judicial que declare no aplicable una presunción de daño a la solución del caso, segundo, la asunción de un criterio de experto, el de E.CA Economics, que excluye cualquier tipo de efecto provocado por la infracción en el mercado y, tercero, como defensa residual, la exclusión de la procedencia de una estimación judicial alternativa.

(iii) ■■■■ no puede imponer a ningún juez en qué deba consistir la sana crítica como criterio interpretativo a la que se refiere el artículo 348 LEC y en los desarrollos jurisprudenciales que aquí son observables. Tampoco, claro, puede hacerlo el actor.

(iv) Por el contrario los sesgos económicos que un juez debe asumir a la hora de valorar el material probatorio de esa clase son los que inspiran la formulación compleja, por no ser

únicamente de raigambre jurídica, del Derecho de la Competencia. Esa es toda la valoración económica que debe realizar el juez al resolver un caso como este.

(v) Por ejemplo, que el significado, función y efectos de una infracción de cartel no es únicamente el de hacer más transparente un oligopolio, sino que cartel significa coordinación, en su caso a través de la información, para la proyección de ese esfuerzo en un resultado y afectación concretos del mercado.

(vi) Por ejemplo, la asunción de criterios valorativos correctos para indagar sobre la selección ortodoxa de métodos de cálculo del sobreprecio, datos idóneos a tal fin y expresión solvente de los resultados de ese análisis.

(vii) Por ejemplo, una visión cualitativa sobre el significado del carácter disuasorio del Derecho de Daños, como funcionalidad añadida a la meramente compensatoria y para la evitación en el futuro de sucesos como el enjuiciado, que comprometen bienes jurídicos de carácter supraindividual y entrañan un terrible coste social. Porque ese es el significado de las relaciones de complementariedad entre las facetas pública y privada del Derecho de la Competencia.

(viii) En síntesis, el juez debe permanecer atento a todas las pautas cualitativas que resulten adecuadas para poder imprimir un significado económico suficiente a conceptos que percibe inicialmente como exclusivamente jurídicos.

(ix) Pues bien, un juez de aplicación privada del Derecho de la Competencia se conduce de manera aceptable en términos de valoración económica cuando percibe que, entre los elementos que informan la regla de responsabilidad por daño, la causalidad inherente al daño antitrust tras una infracción de cartel es meramente hipotética y que, por eso, el daño solo puede observarse en términos probabilísticos. Y ese es el enlace de los significados jurídico y económico de la incertidumbre en la valoración de los elementos de prueba disponibles a los que se refiere el Tribunal de Justicia.

106.- La dispersión de las valoraciones probatorias de los jueces españoles puede resumirse en cuatro posiciones que, por ser bien conocidas y por añadidura de lo que ya he señalado a la hora de recrear el marco de jurisprudencia menor que he abandonado, no glosaré. La primera posición es la de quienes parecemos dispuestos a asumir, alguna vez, el esfuerzo de cuantificación propuesto por los perjudicados. La segunda posición es la de quienes, en mi opinión de manera voluntarista, tratan de minorar la extensión económica de los informes de cuantificación de los actores para la reformulación de algunos de sus términos, mediante la selección particular de algunos de sus parámetros, aquí y allá, pero omitiendo que los parámetros y resultados sujetos a la valoración judicial son una expresión de conjunto e incurriendo en un terrible riesgo de artificiosidad en la valoración probatoria final. Pero esa actividad intelectual desde luego no tiene nada que ver con la estimación judicial del daño, sino más bien con una moderación probatoria, por desconfianza y sin poder precisar concretamente por qué no se desprecia la prueba de la que se desconfía. La tercera posición, ya lo he dicho, es la de quienes convierten la estimación judicial del daño en una solución estandarizada para la litigación privada antitrust, sin tomar en consideración la prueba practicada en el caso. La cuarta posición, muy aislada, es la de quienes han concedido poder de convicción a los informes periciales presentados por los demandados.

107.- Como ya he dicho, yo concedí poder de convicción a un informe pericial más complejo que el presentado por el actor en este proceso pero que, al menos parcialmente, se corresponde con él. En particular, mediante sentencia de 30 de diciembre de 2019 señalé que:

“73.- En efecto, creo que el informe CCS resiste suficientemente su examen según los criterios de valoración probatoria anteriormente expresados, así: (i) El informe se asienta sobre una interpretación de las características de la infracción sancionada por la Comisión que es coherente con la visión plasmada en el fundamento oportuno de esta resolución. (ii) Junto con esa primera evidencia, el informe analiza y desarrolla la presencia de otras que permiten contrastar la plausibilidad de repercusión de sobrecostes en el mercado de camiones, por la alteración de precios brutos y, hasta los destinatarios finales de los productos en forma de precio neto, a través de los cauces comunes de distribución de esos productos y según las distintas y usuales vías alternativas de comercialización de estos productos. (iii) Los peritos han realizado una búsqueda proactiva de datos sobre los que desarrollar sus modelos, que parecen idóneos para recrear los efectos de la infracción y que han sido puestos a disposición de la parte demandada desde el inicio del proceso o en un momento posterior pero igualmente relevante. (iv) Con todo, el informe CCS parece desconfiar de sus datos, de los métodos que podrían aplicarse en el caso y de sus propios cálculos: por eso somete sus asunciones, sus datos y sus métodos a un tratamiento redundante, a través de un estudio alternativo que determina, en ambos casos, un resultado próximo. (v) El estudio no se contenta con la expresión de un sobrecoste medio, sino que trata de individualizar los daños eventualmente sufridos por la parte actora mediante la recreación de un iter cronológico sobre la mayor eficiencia del cártel en la repercusión de sobrepuestos con el paso del tiempo. (vi) En definitiva, el informe CCS es cuantitativa y cualitativamente transparente, muy intenso y, por unas y otras cosas, convincente en ausencia de un informe mejor fundado que lo refute o que cuantifique los efectos derivados de la infracción de una forma distinta o que permita, al menos, moderar sus conclusiones. (vii) En un meritorio ejercicio de lealtad procesal, Man ha considerado “intachable” la cualificación de los peritos que suscriben el informe CCS y que la base de datos utilizada para su desarrollo es “abundante y completa” (escrito de 27/12/19, conclusión tercera)”.

108.- Pues bien, aunque la labor de crítica durante los años sucesivos por parte de los infractores ha sido cada vez más intensa y más extensa, al tiempo de pronunciamiento de esa sentencia yo ya tuve oportunidad de desechar la relevancia de las mismas insuficiencias en la formulación de ese informe pericial que ██████ ha puesto nuevamente de manifiesto en este proceso, ya a través de su escrito de contestación (hecho 4.7), ya a través del informe E.CA Economics, ya durante la celebración de la vista principal y cuando vuelven a resumirse en su escrito de alegaciones finales de 1 de marzo de 2023. Y he sostenido esa convicción, precisamente, en procesos seguidos contra ██████ así mediante sentencia de este juzgado de 15 de septiembre de 2020, por la siguiente razón:

“La econometría trata de superar todos esos obstáculos, con ciertas asunciones irreales que se dan como probables y que cabe disculpar por la indisponibilidad de todos los datos adecuados y necesarios para que una estimación inexacta, pero

probable, se convierta en otra exacta. Y ocurre, por fin, que el informe Caballer/CCS es, además de inexacto, uno útil. Por el contrario, el informe E.CA Economics no cumple esta función para la solución final del caso”.

109.- Porque, como ocurría entonces, solo ese informe pericial interviene ahora como prueba apta y bastante para la solución del caso. Solo ese informe pericial tiene por objeto cuantificar los efectos de la infracción en el mercado, al menos tras una correcta asunción del significado de lo resuelto por la autoridad de competencia, el desenlace aceptable de un juicio de plausibilidad sobre el carácter lesivo de la conducta y la correspondencia lógica entre una alteración de precios brutos y su impacto en la formación de precios netos. Es decir, la producción de daño compensable y la concordancia con hallazgos económicos tan relevantes como los que he expuesto con anterioridad.

110.- Eso no quiere decir que, en el desarrollo de ese ejercicio de cuantificación, el equipo pericial que lo suscribe no incurra en errores que no pueden soslayarse. En particular, considero una línea de crítica muy sugestiva y convincente la empleada por los peritos de ██████ que estriba en explicar, de manera comprensible para un juez, que no resulta admisible una asunción cualitativa sobre la plena correspondencia de los incrementos de precios brutos y netos en términos absolutos. Pues estos últimos estarían especialmente afectados por magnitudes ajenas a la capacidad de ██████ de organizar sus medios económicos para implementar la eficacia del cartel, tales como la evolución de los ciclos económicos que impactan en la demanda, el incremento de los costes de producción y el poder de compra de los perjudicados cuando estuvo disponible para la obtención de descuentos, que no siempre son homogéneos. Pero el problema es que, si todavía censuraré de manera muy intensa el desempeño de los asistentes de la parte actora en el proceso, debo advertir que la labor de crítica que realiza E.CA Economics no es mucho más afortunada. Porque el equipo pericial de ██████ no se sirve de todos esos matices para la reformulación del dictamen pericial de la parte actora en términos que puedan ser asumibles para la solución de la instancia. Por el contrario, este equipo pericial se ubica en un punto completamente contradictorio e igual de extremo: la absoluta falta de correspondencia entre precios brutos y netos, lo que a estas alturas de la litigación en este caso debería resultar insostenible. Es decir, que no solo la deficiente labor de crítica pericial de la parte actora me impide tomar una decisión más fundada en términos económicos en el caso, sino que la pretendida labor de crítica de E.CA Economics, cuando no es tal por estribar en una enmienda a la totalidad del informe Auren, tampoco me permite moderar sus resultados.

111.- Y, en el desarrollo de ese juicio hipotético sobre la cuantificación de los efectos en el mercado de una conducta infractora que, de manera incuestionable, sí los produjo, debo señalar que me resulta más admisible que esos efectos pueden ser cuantificados en la forma en que el informe Auren sugiere, antes que según propone E. CA Economics, es decir, de ninguna manera. Y este es el corolario pericial de la delicada estrategia legal de ██████ muy equivocada, cuando por todo efecto útil en el proceso pretende la desestimación de la demanda de forma invariable. De este modo, el informe Auren no solo es útil para acreditar una teoría del daño en términos de plausibilidad, causalidad e imputación. El informe Auren también es útil como herramienta para la cuantificación del daño, según el carácter probabilístico de la prueba a practicar en estos casos, lo que es compatible con la tolerancia de errores que empujan la decisión del juez no al abismo de la dificultad de cuantificación, sino a la incertidumbre de un juicio de esta naturaleza que es aceptable por inevitable.

112.- El contenido económico de mi ejercicio de valoración probatoria es entonces el de la plena asunción del informe pericial Auren y la manifestación de mi poder y responsabilidad como juez, de los que no rehuiré jamás, es la tolerancia de sus inexactitudes.

D) El informe E.CA Economics es equivocado y no es útil para la solución del caso

113.- Para el reproche de los sesgos cualitativos de este informe pericial, cuando todavía se contentaba con una mera crítica de los dictámenes presentados de contrario y el desarrollo de un huero análisis sobre la ausencia de plausibilidad del carácter lesivo de la infracción sancionada, con ocasión de la sentencia de 7 de mayo de 2019 señalé que:

“78.- Sin el desarrollo de un método de cálculo de daños -o de ausencia de daños- que parta de la comparación de la evolución de listas de precios brutos y netos (o evolución de costes de producción o cualquier otro modelo econométrico aceptable), las asunciones cuantitativas de la Sra. Kohnz son parciales y las cualitativas fácilmente refutables, así: (i) Que la fijación de un precio bruto para un producto es una magnitud sin incidencia respecto de la fijación del precio neto del mismo producto, como si esta segunda clase de precios fuera una entidad autónoma, desgajada y alejada de los precios de la primera clase, que, por el contrario y necesariamente al menos en algún punto, deberían ser su origen (según lo constatado por la Decisión en sus párrafos 27 y 28, ya reproducidos, sobre los mecanismos de fijación de precios). (ii) Que el intercambio de información sobre un elemento de producción sensible entre los competidores de un mismo mercado (por ejemplo, el precio de sus productos), con la finalidad confesada de homogeneizar ese elemento de producción entre todos esos productores y en el conjunto del mercado en el que intervienen, es un esfuerzo que difícilmente conseguirá el objetivo perseguido, pese a que esos mismos productores dispongan una infraestructura que busque ese resultado de manera sostenida en el tiempo (afirmación que, además de ilógica, es contraria a lo constatado por la Decisión en su párrafo 2, ya reproducido, sobre el ámbito objetivo de la infracción). (iii) Que en el contexto de esa infraestructura de comunicación, cooperación y pacto sostenida durante largo tiempo (cártel) los productores son incapaces de coordinar y condicionar su actividad económica, precisamente, en aquellos aspectos que han motivado la creación de esa infraestructura y los acuerdos alcanzados por el grupo (afirmación que, además de ilógica, es contraria a lo constatado por la Decisión en sus párrafos 51-53, ya reproducidos, sobre el alcance material de la infracción). (iv) Que la complejidad de los productos del mercado en cuestión interviene como una barrera última e insalvable para fiscalizar la conducta de los productores incluidos en el grupo, cuando precisamente una de las premisas de funcionamiento del grupo ha sido hacer transparente ese mercado sobre sus extremos que se dicen más complejos, esfuerzo constatado después por la autoridad de competencia en la fiscalización del funcionamiento del grupo (afirmación que, además de ilógica, es contraria a lo constatado por la Decisión, aquí: “(48) Similarly, the exchange of configurators helped the comparison of own offers with those of competitors, which further increased the transparency of the market. In particular, it could be understood from the truck configurators which extras would be compatible with which trucks, and which options would be part of the standard equipment or an

extra. All of the Addressees, with the exception of DAF, had access to the configurator of at least one other Addressee. Some configurators only granted access to technical information, such as bodybuilder portals, and did not include any price information”). (v) Que en el contexto de un grupo que compartimenta el mercado comunitario operando en cada mercado local a través de una sociedad filial y nacional de ese mercado, resulte incompatible con la transmisión del daño en forma de sobreprecio el extremo de que un mismo producto pueda venderse al destinatario final en unas u otras condiciones económicas según que la adquisición se produzca en uno u otro mercado compartimentado nacional. (vi) Que la posibilidad de aplicar descuentos a un precio neto calculado sobre la base de otro bruto que no ha sido fijado en condiciones de competencia, convierte un mercado no competitivo en otro que sí lo es, de manera espontánea y mientras la infraestructura creada por el grupo permanece en funcionamiento (afirmación que, además de ilógica, es contraria a lo constatado por la Decisión en su párrafo 25, ya reproducido, sobre la implementación de los acuerdos del cártel a través de la red de filiales y concesionarios de venta al público). (vii) Que la relevancia o irrelevancia del poder de negociación de un comprador de un producto cartelizado debe ser considerada según su posibilidad de obtener descuentos en el precio de venta no competitivo predispuesto por el grupo, si esa magnitud, el descuento, es estructural y constante en ese mercado y por todo ello prededucible; y no por la imposibilidad de adquirir un producto homogéneo y no afectado por la práctica anticompetitiva, es decir, de un productor no incluido en el grupo y liberado a su vez del posible efecto paraguas. Todo en el contexto de un mercado cartelizado respecto de la práctica totalidad de los productores de la misma clase. De las afirmaciones de la propia perito Sra. Kohnz resulta que la concesión de descuentos era un elemento habitual en el mercado y, por ello, por su prededucibilidad, poco relevante para acreditar la imposibilidad de transmisión de sobrecostes, de lo que se infiere de manera evidente que el descuento únicamente respondía a un sentido o vocación comercial de sugestión de los clientes y no de auténtica posición de fuerza de estos o de afectación en los procesos de determinación de precios de la demandada y demás empresas cartelistas. En realización con este apartado, considero poco relevante la fluctuación de cuotas de mercado que se resumen en la p. 11 del dictamen y que, en cualquier caso, refieren mínimas transmisiones de cuotas de clientes entre empresas infractoras (en la cita de Iveco, Renault o Volvo, también en la aportación documental de los anexos en los que también se aporta documentación sobre Man o Scania). (viii) Pero en el eslabón último del razonamiento de E.CA Economics puede advertirse un corolario igualmente inconcluyente. Si los destinatarios finales del producto cartelizado no podían resultar en ningún caso perjudicados por la conducta cartelizada de los fabricantes europeos de camiones, ¿a quién habría potencialmente perjudicado esa conducta? ¿A sus empresas filiales? ¿A los concesionarios que se relacionaban con ellas? Sin embargo, incluso constatar esa circunstancia no excluiría la posibilidad de que destinatarios de la clase de los del actor hubieran sufrido daños, a modo de perjudicados indirectos y de acuerdo con una interpretación conforme de la regla ex re ipsa con la presunción del art. 14.2 de la Directiva de daños. (ix) En definitiva, no se trata de un problema de distancia entre precios brutos y netos o de la presencia de otros factores de afectación de ese

precio neto, sino de transmisión de un daño en forma de sobreprecio. El informe de la demandada no logra desvirtuar la falta de transmisión de ese daño o su absorción íntegra y sin repercusión por un tercero distinto del actor, anterior en su contacto con el producto cartelizado, porque las conclusiones que el perito ofrece sobre esos extremos son de naturaleza cualitativa y los elementos cuantitativos que se desgranar en el informe no se disponen para la recreación de un método alternativo de cuantificación del daño del que asume el actor, sino únicamente para constatar la presencia de factores que imposibilitarían el incremento del precio neto satisfecho por el Sr. Carlos en una correlación del 100% entre precios brutos y netos”.

114.- Desde entonces, el equipo E.CA Economics ha incrementado notablemente la intensidad y ambición de su desempeño. Pero nada ha cambiado para la solución del caso, por las razones que diré a continuación.

115.- En primer lugar, porque este dictamen pericial quizás sea un sofisticado y esforzado elemento de prueba que, sin embargo, no encuentra correspondencia con un discurso de postulación que acreditar. Ya lo he dicho antes. Un informe pericial tan intenso y complejo nos sirve para nada sí, antes de eso, [REDACTED] es incapaz de ofrecer una explicación razonable y justificada sobre por qué y para qué participó en un cartel durante catorce años. De nuevo, compartiré el razonamiento de la sentencia [2023] CAT 6, 7 de febrero de 2023, Royal Mail:

“477. The first question we need to address was whether, based on a balance of probabilities test, the evidence points to the existence of a cartel Overcharge. We conclude that it does. There are sound a priori reasons for expecting that a concerted attempt by all the major European truck suppliers to restrict price competition that persisted over a 14-year period would to some extent have succeeded in materially affecting transaction prices. Further, whilst there are legitimate criticisms to be levelled at Mr Harvey’s estimates of the effect, particularly with regard to the way his analysis approached exchange rate issues, we also consider it is clear that these criticisms do not justify the extreme approach of dismissing all positive Overcharge results. 478. Accordingly we find that the Claimants have established the requisite causation to complete their cause of action”.

116.- En segundo lugar, porque, si en el contexto empírico que he expuesto a lo largo de esta resolución, E.CA Economics es incapaz de encontrar de manera consistente un vestigio estadísticamente relevante de los efectos del cártel, es por una de dos razones. La primera es porque obtiene respuestas estadísticamente robustas y consistentes para preguntas incorrectas. La segunda es porque diluye cualquier vinculación entre la manipulación y alteraciones de los precios brutos y su necesario impacto sobre los precios netos en alguna medida apreciable, por la febril eclosión de factores (sus “costes”, “mix de producto” y “demanda”) que, en el desarrollo de su método, empujan cualquier efecto que el cártel pudiera haber tenido sobre la formación de precios netos hacia la marginalidad estadística. Su informe está afectado entonces por un acusado vicio de multicolinealidad que, es cierto, no soy capaz, por mí mismo, de desactivar con profundidad. Pero sí puedo advertir que la economía es un lenguaje. Y que un informe econométrico es una explicación. Por eso los conceptos que allí se emplean no son unívocos: las cosas se pueden explicar de muchas maneras y empleando conceptos polisémicos. Y, si un equipo experto se lo propone, puede sobradamente explicar los efectos económicos de un cártel sin emplear la palabra cártel, es decir,

sin atribuirle a la variable cartel un contenido concreto. El modelo de E.CA Economics es robusto en la medida en que omite una variable, el cartel, a la que se propone primero no otorgar ningún significado según sus asunciones cualitativas sobre la conducta sancionada.

117.- En relación con este último apunte, debe despreciarse cualquier hallazgo sobre la efectividad del cartel como escenario de cuantificación alternativo al propuesto para el actor si, primero, para el propio equipo pericial que desarrolla el método y alcanza ese resultado se trata de uno sin significatividad estadística, es decir, un residuo de cálculo, un detrito inexplicable que, segundo, tampoco se corresponde con una petición subsidiaria de ██████ de estimación parcial de la demanda por pluspetición del actor.

118.- El tiempo ha pasado, he resuelto este proceso un centenar de veces, en su mayor parte replicando la doctrina de jurisprudencia menor que he abandonado aquí y sigo buscando una respuesta que estimule una litigación mejor. Cada vez me resulta más evidente que, si el equipo pericial de la parte actora desprecia la aplicación de factores que podrían conducir, de manera razonable, a una minoración del daño susceptible de compensación, el equipo pericial de la parte demandada plantea un modelo por reverberación de esos factores para excluir cualquier rastro de daño compensable.

119.- La falta de cooperación leal de la parte actora, de sus letrados y peritos, para la crítica transparente del dictamen pericial de la parte demandada no podría ser más acusada y, por eso, mi valoración del informe E.CA Economics es pobre. Resulta completamente censurable que, primero, todo el esfuerzo de crítica de la parte actora se resuma en una escueta nota suscrita por sus peritos tras la infructuosa práctica de la medida de acceso a fuentes de prueba acordada en el proceso y, después, según lo que tiene a bien recapitular el letrado que la asiste con ocasión de sus últimas alegaciones, de manera sorprendentemente más intensa a como tuvieron a bien hacerlo sus propios peritos. Su esfuerzo es tan nimio que solo puede corresponderse con una de dos posibilidades: o esos profesionales no están interesados en términos estratégicos en desarrollar esa actividad de crítica intensa y que cualquier proceso de daños reclama, como bien sugiere el Tribunal de Justicia, o bien, sencillamente, carecen de la cualificación profesional adecuada para hacerlo. Porque el valor de esa crítica que están llamados a proporcionar al juez no se corresponde, por ejemplo, con la sugerencia de errores cualitativos sobre la composición de los grupos de datos comparables o el tratamiento adecuado de algunas variables. Pues eso ya es algo al alcance del juez. De lo que se trata es de que los peritos de la parte actora puedan reproducir el modelo de los de la demandada, depurándolo de sus pretendidos errores y para alcanzar otros resultados, sin deformar los modelos de manera aberrante. Es decir, lo mismo que E.CA Economics tampoco ha hecho. Solo entonces el juez puede comprender la razón y alcance de las contradicciones metodológicas en las que incurren los expertos.

120.- Quizás este último extremo sea relevante para la expresión de una pauta jurisprudencial adicional: los jueces de aplicación privada del Derecho de la Competencia no debemos dejarnos influir excesivamente por el extremo de que, como de manera rotunda sucede en el caso, el infractor pueda aglutinar mayor talento profesional que el perjudicado para presentar sus pruebas en el proceso. Porque es posible que esa sea la situación más habitual, máxime para el contexto de una *economía legal* como la española, caracterizada por su fragmentación. Quizás ██████ siempre ha sido consciente de esta situación. De este modo, su "*manzana envenenada*", si se me permite recapitular nuevamente un criterio jurisprudencial consolidado para este partido judicial y que ya es incompatible con la doctrina del Tribunal de Justicia, nunca consistió en su

insistencia sobre la necesidad de implementar en este proceso medidas de acceso a fuentes de prueba, como institución procesal con refrendo legal comunitario y que son la manera adecuada de conducir esta litigación en lo sucesivo. Por el contrario, ██████ ha exhibido siempre una gran confianza en la solvencia de sus asistentes, del mismo modo que también es consciente de que los jueces, por sí solos, no pueden refutar técnicamente sus aportaciones en lo cuantitativo. Como ya he explicado, no es esa la función del juez. Y, desde luego, lo que sí pueden hacer los jueces es censurar sus sesgos, tachar sus bases cualitativas y, de forma rotunda, señalar que solo se deben a un alineamiento con los intereses de sus clientes si insistentemente se niega lo que para este caso es más elemental.

121.- Así que nada en este proceso hace del informe pericial de E.CA Economics más de lo que es para dar en su solución adecuada: una herramienta inútil. Quizás sea el momento de que esas pruebas necesarias para la refutación de la presunción del daño compensable, cuya rotundidad parece ya incontestable, sean efectivamente puestas a disposición de este equipo pericial. Quizás así se formulen preguntas distintas para obtener respuestas correctas y el esfuerzo analítico que las soporte partirá de asunciones cualitativas imparciales sobre los hechos relevantes para la solución del caso: la infracción, sus características, su contenido económico y la aplicación que ██████ hizo de todo eso para la coordinación e incremento de sus precios de venta y traslación de costes a sus clientes durante catorce años, examinando primero el comportamiento de sus empleados y directivos. De otro modo, mientras la expresión de su modelo esté condicionada de manera intensa por variables proporcionadas exclusivamente por ██████ y que no son transparentes, como la evolución de sus costes, cuando nunca se revela información concreta sobre el funcionamiento del cártel y parece que esta tampoco ha sido puesta a disposición de los peritos, la solución del caso permanecerá abocada al abierto rechazo de este informe pericial.

122.- El planteamiento y resolución de la cuestión prejudicial ██████ no perseguía superar las insuficiencias abiertas del estado jurisprudencial de la cuestión en nuestro país, que por supuesto también afectan a mis propias decisiones. Solo pretendía reubicar la solución del caso en un espacio adecuado para el “enfrentamiento de argumentos y peritajes en el marco del debate contradictorio”, provocando la restricción del acceso a la estimación judicial del daño y para conducir el enjuiciamiento sucesivo sobre unas bases mínimas de colaboración leal entre todos los operadores involucrados en el proceso. Probar más y mejor, para exigir a los jueces dictar mejores sentencias. Después de la sentencia del Tribunal de Justicia, resta mucho por hacer. Porque la solución del caso permanece en un lugar de encrucijada y que todavía precisa de desarrollos adicionales, que no podrán alcanzarse sin los estímulos jurisprudenciales adecuados.

123.- Para los cartelistas, esta resolución debería suponer el estímulo definitivo para abandonar una estrategia procesal de máximos y que persigue la desestimación global de todas las demandas presentadas por los distintos grupos de afectados españoles. Sencillamente, porque no lo van a conseguir.

124.- Para el grupo de afectados que se esconde tras este proceso (porque otra de las realidades que la reciente SAP Valencia, 9ª, núm. 185/2023, ponente Purificación Martorell Zulueta pretende obviar es que esos grupos de afectados existen y que, por lo tanto, los juicios de proporcionalidad sobre los costes de una medida de acceso a fuentes de prueba no se deben realizar tomando en consideración únicamente la perspectiva de un perjudicado individual), esta resolución que, si estimatoria, renunciará a la concesión de costas, lo que de por sí ya es un estímulo económico significativo, debería suponer también un punto de partida para reflexionar sobre la

idoneidad de hasta dos itinerarios sucesivos posibles. En primer lugar, conservar una estrategia procesal ya fracasada, porque son más los jueces españoles que rechazan y rechazarán conceder utilidad a sus intentos de cuantificación para la solución del caso, mientras optarán de forma extensa por el recurso a una estimación judicial del daño desfigurada en su formulación, contenido y propósito a la que originariamente fue incorporada a la sentencia de este juzgado de 20 de febrero de 2019. Como ha sucedido con ocasión de la valiosa sentencia [2023] CAT 6, 7 de febrero de 2023, Royal Mail, todos los ejercicios estimativos se parecen, pero algunos son más parecidos que otros: unos están cargados de propósito quizá equivocado y otros son un viaje a ninguna parte. La estimación de la sentencia de este juzgado de 20 de febrero de 2019 pretendía intervenir como un recurso subsidiario frente a la pasividad probatoria de los demandados y para una jurisprudencia precursora de un contenido económico mínimo para la presunción de daño tras cartel, sin hacer de eso una solución estandarizada para la litigación privada antitrust. La valoración probatoria de la sentencia Royal Mail, que no es en realidad un ejercicio de estimación, persigue la abierta solución transaccional de todos los procesos que penden ante la jurisdicción inglesa.

125.- También es obvio que cada una de las soluciones de los jueces presenta sus propios problemas de compatibilidad con la última jurisprudencia comunitaria. Y, como bien apunta ██████ las bases para la aplicación extensa de una solución anormal para un proceso de daños como es la estimación judicial que, de manera errónea, está siendo normalmente empleada por los jueces españoles, son incompatibles con la doctrina del Tribunal de Justicia. Yo así lo creo. Eso, en segundo lugar, también debería ser un estímulo adecuado para los reclamantes, pues parece inevitable que esta sentencia será corregida por la Audiencia Provincial de Valencia. Porque esta última sí que es una certeza estadística sin aparentes fisuras para mi constante trabajo en este caso. Si la Audiencia Provincial de Valencia insiste en la solución por estimación estandarizada de este caso, es posible que su visión sobre los presupuestos y fines de la institución sean cuestionados ante el Tribunal Supremo y con amparo en la doctrina del Tribunal de Justicia. Según el carácter ordinario y pleno de la segunda instancia, quizás ese grupo de reclamantes todavía pueda variar una estrategia procesal refractaria a una actividad probatoria más plena, para combatir a través de los cauces adecuados, que son los del acceso a fuentes de prueba, la desconfianza generada sobre la exactitud de su dictamen pericial, comenzando por la crítica intensa de la pericial presentada por ██████ aceptando quizás una parte de sus enfoques y datos para la corrección de los errores de sus propios modelos y obtener así una cuantificación menor, pero más sólida, de sus pretensiones compensatorias. Mi labor no es persuadir a la Audiencia Provincial de Valencia a fin de que mude su criterio, porque eso atañe a las partes en este caso, especialmente a la actora al resultar favorecida por mi fallo. Desde luego, eso le ubicará en un lugar diferenciado del tratamiento que, tras el pronunciamiento del Tribunal de Justicia, sin duda merecen las demandas puramente especulativas, es decir, el de la íntegra desestimación de las pretensiones compensatorias infundadas. Esa certeza ganada para ██████ también debería conducirle a conceder algo más de lo que otorga actualmente cuando la litigación no responde a un fenómeno especulativo. Quizás ██████ podría esforzarse en tratar de discriminar mejor las pretensiones compensatorias de quienes fueron confiadamente sus clientes, resultaron perjudicados por su comportamiento antijurídico y presentan sus demandas con suficiencia, frente a esas otras reclamaciones que son la sola manifestación de un abuso de derecho.

126.- Eso último significa también que todavía debería haber espacio para una estrategia procesal distinta y común: la solución transaccional de este proceso y del resto de los que se tramitan ante este juzgado que involucran a los mismos grupos de interés. Los costes transaccionales para ambos grupos son bajos. El cartelista no desembolsará adicionalmente mucho

más de lo que sin duda hará como consecuencia de la proyección promedio de las estimaciones de daño de los jueces españoles y, antes, al contrario, mediante la solución transaccional de los grupos de casos adecuados, clarificará aquellos otros casos que merecen la desestimación sin recurso a la estimación judicial del daño por su carácter especulativo, compensando con creces los costes de transacción en los que pueda haber incurrido previamente para dar por finalizada la primera clase de litigación. Los perjudicados como el actor, por su parte, no renunciarán a una cuota indemnizatoria que, en la misma proyección promedio, nunca les ha sido reconocida mayoritariamente como tal y, por el contrario, eludirán los costes asociados a la imperativa adecuación de la doctrina de los jueces españoles sobre los presupuestos de la estimación judicial y la difusión de las medidas de acceso a fuentes de prueba que el Tribunal de Justicia reclama. Y eso es lo que explica que el desenlace judicial del caso [REDACTED] al menos en cuanto a esta instancia se refiere, no será importante salvo que ambas partes decidan hacer algo verdaderamente distinto y útil.

127.- Porque, en este sentido, en los términos que puedan discutirse procedimentalmente de forma abierta y contradictoria, ofrezco expresamente a las partes el tratamiento confidencial, a los efectos de los artículos 232.3, 234.1 LOPJ y 15.2 LSE, del contenido económico de cualquier acuerdo transaccional que logren alcanzar de manera inmediata al pronunciamiento de esta sentencia, para sustituir los términos de condena que aquí ofreceré por cualesquiera otros que no violenten el orden público y con eficacia de cosa juzgada susceptible de ejecución forzosa.

128.- Y, para permitir ese logro, con aplicación analógica del artículo 19.4 LEC, acuerdo la suspensión del proceso durante un plazo de sesenta días naturales desde el día de pronunciamiento de esta sentencia, comenzando a correr el plazo para la interposición de recurso de apelación desde el día siguiente hábil al de su expiración y sin necesidad de nuevo impulso de las partes o del juzgado.

E) Intereses

129.- Por último, la aplicación de intereses que ofrece el informe Auren y suplica la actora, es igualmente compatible con la toma de posición de este juzgado resuelta mediante sentencia de 30 de diciembre de 2019, suficientemente conocida entre las partes y que no reproduciré.

Séptimo.- Ausencia de prueba asumible sobre la repercusión de sobrecostes.

130.- El informe E.CA Economics no ofrece un ejercicio concreto y no teórico que permita apreciar la existencia de repercusión de sobrecostes y su cuantificación, ya mediante el incremento de los precios de los servicios prestados por los actores a sus clientes o por razón de la reventa a terceros de los productos cartelizados. Todo ello según el estado jurisprudencial de la cuestión que he expuesto y al que nuevamente me remito.

Octavo.- Costas procesales.

131.- Sin condena en costas, al apreciar dudas de hecho ex artículo 394 LEC.

En virtud de los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Estimo la demanda y, a su razón, realizo los siguientes pronunciamientos:

1.- Declaro que [REDACTED] es responsable solidaria de los daños sufridos por los actores como consecuencia de la infracción del Derecho de la Competencia declarada por la Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016, asunto AT.39824. S

2.- Condeno a la demandada:

(i) Al pago a [REDACTED] de 253.392,54 euros en concepto de daños y perjuicios sufridos, correspondiendo 188.785,82 euros al sobreprecio satisfecho y 64.606,72 euros a la actualización -a fecha de la redacción del informe pericial de dicho importe, mediante aplicación del interés legal del dinero, más los intereses que se devenguen desde dicha fecha hasta el completo pago.

(ii) Al pago a [REDACTED] de 26.813,31 euros en concepto de daños y perjuicios sufridos, correspondiendo 17.862,49 euros al sobreprecio satisfecho y 8.950,82 euros a la actualización -a fecha de redacción del informe pericial de dicho importe mediante aplicación del interés legal del dinero, más los intereses que se devenguen desde dicha fecha hasta el completo pago.

3.- En los términos que puedan discutirse procedimentalmente de forma abierta y contradictoria, ofrezco expresamente a las partes el tratamiento confidencial, a los efectos de los artículos 232.3, 234.1 LOPJ y 15.2 LSE, del contenido económico de cualquier acuerdo transaccional que logren alcanzar de manera inmediata al pronunciamiento de esta sentencia, para sustituir los términos de condena que aquí ofrezco por cualesquiera otros que no violenten el orden público y con eficacia de cosa juzgada susceptible de ejecución forzosa.

4.- Acuerdo la suspensión del proceso durante un plazo de sesenta días naturales desde el día de pronunciamiento de esta sentencia, comenzando a correr el plazo para la interposición de recurso de apelación desde el día siguiente hábil al de su expiración y sin necesidad de nuevo impulso de las partes o del juzgado.

5.- Sin condena en costas.

Cabe apelación.

Notifíquese.

Acuerdo, pronuncio y firmo.