



Roj: **SJM V 9610/2022 - ECLI:ES:JMV:2022:9610**

Id Cendoj: **46250470032022100009**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Valencia**

Sección: **3**

Fecha: **21/10/2022**

Nº de Recurso: **148/2022**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Juicio ordinario**

Ponente: **EDUARDO PASTOR MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Juzgado Mercantil núm. 3 de Valencia

Juicio ordinario 148/22

SENTENCIA núm. /2022

En Valencia, a 21 de octubre de 2022.

Eduardo Pastor Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha de 4 de marzo de 2022 (registro informático), la representación procesal de doña Begoña ha formulado demanda de juicio verbal contra Toyota España, S.L.U., ("Toyota"). Tras la alegación de los hechos y fundamentos de derecho que ha considerado oportuno, ha suplicado:

"(...) tenga por interpuesta DEMANDA DE JUICIO VERBAL EJERCITANDO DEMANDA DE JUICIO VERBAL de reclamación de cantidad por daños derivados de infracción de derecho de la competencia contra la mercantil TOYOTA ESPAÑA, S.L. y que, tras los trámites procesales oportunos, se dicte Sentencia por la que, estimando esta demanda, SE CONDENE A LA DEMANDADA:

- A abonar a esta parte la cantidad de DOS MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y TRES EUROS CON SESENTA Y NUEVE CÉNTIMOS (2.863,69€), o la cantidad que determine en período probatorio, correspondiente al importe pagado en exceso por la compra del vehículo.

- Al pago del interés legal vigente, desde que se realizaron las compraventas de los vehículos hasta la interposición de la demanda.

- El Interés procesal desde la interposición de la demanda hasta el completo pago de lo declarado en sentencia".

Las alegaciones de la parte actora, en cuanto relevantes para la solución del caso, pueden resumirse así:

1.- Mediante RCNMC de 23 de julio de 2015, Expte. NUM001 (doc. 1 actor-"la resolución sancionadora") se tuvo por acreditada la participación de Toyota en una infracción de cartel consistente en la adopción e implementación de acuerdos de fijación de precios mediante determinación de descuentos máximos y condiciones comerciales, así como por intercambio de información comercialmente sensible en el mercado español de distribución de vehículos a motor, en diversos periodos y zonas geográficas, desde 2006 a junio de 2013.

2.- La resolución sancionadora resultó confirmada mediante sentencias de la Audiencia Nacional de 23 de diciembre de 2019 y de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2021 (docs. 2-3 actor). En particular, el Tribunal Supremo advirtió que los intercambios de información entre empresas competidoras referentes a precios y otros aspectos comerciales son elementos suficientes para calificar esa conducta como cartel, con las características de infracción única y continuada, siendo que sus distintas modalidades tuvieron



lugar bajo la cobertura de un plan común, global y preconcebido, encaminado a la obtención de un objetivo único.

3.- La parte actora adquirió en fecha de 31 de marzo de 2011 el vehículo Toyota, modelo Auris Híbrido 1.8 ACTIVE, bastidor NUM000, a través del concesionario oficial Sakurauto, S.A, por precio total (incluidos los gastos de matriculación y suplidos) de 18.200 euros (doc. 4 actor).

4.- Esa adquisición resultó afectada por la infracción anticompetitiva de Toyota en términos de sobreprecio. A resultas de esa conducta, la parte actora ha sufrido daños y perjuicios que son cuantificados pericialmente (doc. 5 actor-informe ACG Consultores, que aprecia intervalos de sobreprecio como efecto de la infracción de entre el 10-15%, aproximadamente, y uno particular del 14'38%) y que se reclaman en el proceso.

5.- En efecto, mediante un proceso de estas características únicamente puede discutirse el quantum del daño causado, de conformidad con lo previsto en el artículo 76.3 LDC. Resultan igualmente de aplicación los artículos 101 TFUE, 1 y cc LDC, 1902 CC y diversos preceptos de la disciplina general de obligaciones y contratos del mismo Código.

Segundo. Mediante decreto de 22 de marzo de 2022 se resolvió la admisión de la demanda y la tramitación de este proceso como juicio verbal. Toyota formuló recurso de reposición contra la anterior resolución en fecha de 4 de abril de 2022, por inadecuación del procedimiento por razón de la materia. La parte actora impugnó ese recurso en fecha de 7 de abril de 2022. Toyota formuló escrito de contestación a la demanda en fecha de 11 de abril de 2022 para, entre otros extremos, oponer una excepción procesal de inadecuación de procedimiento. Mediante providencia de 12 abril de 2022, resolví la suspensión del proceso y la concesión a la parte actora de un plazo de 10 días para contestar por escrito a la excepción procesal formulada por Toyota. La parte actora realizó nuevas alegaciones en fecha de 28 de abril de 2022.

Tercero. Mediante auto de 11 de mayo de 2022, resolví la estimación de la excepción procesal planteada por Toyota y acordé la tramitación del proceso a través de los cauces del juicio ordinario. Esa decisión se fundó en (i) la tipología de la acción ejercitada en las inflexiones del principio de efecto vinculante, (ii) las condiciones para un enjuiciamiento adecuado del caso y (iii) la amplitud de la tutela declarativa a conceder en él. Esta resolución devino firme al no ser recurrida en reposición por ninguna de las partes, ni promoverse incidente de nulidad de actuaciones.

Cuarto. En su escrito de contestación a la demanda de 11 de abril de 2022, en adición a lo ya señalado, Toyota solicitó su desestimación con imposición de costas a la parte actora.

Las alegaciones de Toyota pueden resumirse así:

1.- La parte actora carece de legitimación activa, toda vez que la documentación aportada al efecto resulta insuficiente para acreditar la consumación del contrato de compraventa del vehículo al que la demanda se refiere. La parte actora debería haber aportado los cargos de su cuenta bancaria que prueben que efectivamente pagó el referido importe, pues solo el pago efectivo del precio es coincidente con la condición de perjudicado.

2.- La resolución sancionadora en ningún caso autoriza a concluir que la infracción sancionada produjo efectos lesivos en el mercado, en menor medida en intervalos de entre el 10% y el 15% del precio final pagado por los compradores de vehículos Toyota. Al contrario, la CNMC apreció la existencia de una infracción por objeto, que, según su naturaleza, no es un motivo suficiente para acreditar la existencia de efectos en el mercado. La resolución sancionadora analiza tres conductas colusorias alternativas, que consistieron esencialmente en intercambios de información que tuvieron lugar en diferentes mercados, a diferentes niveles y durante diferentes periodos de tiempo. Ninguna de las categorías de información intercambiada en el contexto de las tres conductas posee aptitud para afectar a los precios negociados entre los concesionarios independientes y sus respectivos clientes finales. Toyota vende sus productos en España esencialmente a través de concesionarios independientes, siendo este el cauce comercial mediante el cual la actora adquirió el vehículo al que se refiere la demanda. La conducta sancionada no determinó la coordinación de precios en la venta minorista de vehículos.

3.- El informe pericial aportado por la parte actora no permite acreditar el daño causado, su cuantificación adecuada y su nexo causal con la infracción sancionada por la autoridad de competencia. Incurre en inexactitudes relevantes en la determinación del precio de venta asumido como base de cálculo y no selecciona y aplica ningún método de cuantificación válido.

4.- No resultan de aplicación las disposiciones sustantivas de la Directiva de daños o de su norma nacional de transposición y, especialmente, la presunción de daño prevista en el artículo 76.3 LDC. Tampoco es posible la interpretación conforme del artículo 1902 CC con las normas anteriores. De este modo, deben de satisfacerse



todas las categorías que integran la regla de responsabilidad extracontractual prevista en el artículo 1902 CC y, en particular, la existencia de vínculo causal, prueba del daño y adecuada cuantificación, siendo todo eso carga procesal de la parte actora en el artículo 217.2 LEC.

5.- Subsidiariamente, el devengo de intereses no puede comenzar antes de la interpelación judicial, de conformidad con lo previsto en el artículo 1101 CC y según la doctrina jurisprudencial que lo interpreta.

Quinto. Mediante diligencia de ordenación de 12 de mayo de 2022, entre otros extremos, se señaló el día 9 de junio de 2022 para la celebración de audiencia previa. En fecha de 1 de junio de 2022, Toyota presentó un dictamen pericial (informe Compass Lexecon). En fecha de 3 de junio de 2022, la parte actora realizó alegaciones complementarias por escrito. Mediante providencia de 3 de junio de 2022, requerí la participación de los equipos periciales de una y otra parte en el acto de audiencia previa, a los efectos del artículo 429.1 LEC, para la valoración de la suficiencia de los medios probatorios aportados y, en su caso, para la adopción de medidas de gestión del proceso que redundasen en el esclarecimiento de los hechos enjuiciados.

Sexto. Llegado el día de la audiencia previa fueron agotadas sus finalidades. Aprecié la insuficiencia de los medios de prueba aportados por cada una de las partes para la solución del caso. En efecto, consideré que la parte actora presentaba una propuesta poco exigente con la obtención de datos relacionados con la infracción, de inspiración estadística y extraña a la *lex artis* para la elaboración de un dictamen pericial de cuantificación del daño tras infracciones de cártel, llevada de asunciones cualitativas y cuantitativas sobre los efectos de la infracción sin refrendo nítido en la decisión sancionadora de la que parte este caso. A su vez, la demandada presentaba un dictamen pericial de mera crítica del anterior, con censura intelectual de la plausibilidad de que una infracción como la sancionada hubiera producido efecto en el mercado y sin la formulación de un estudio econométrico sobre las consecuencias de la infracción. A continuación y tras el diálogo que allí tuvo lugar, concedí a las partes un plazo adicional para realizar alegaciones sobre el eventual acceso a fuentes de prueba mediante una sala de datos, de acuerdo con los siguientes criterios orientadores: (i) identificación de los datos idóneos para el desarrollo de un estudio econométrico, (ii) previsión de acceso a esos datos en condiciones adecuadas para la elaboración de un dictamen de esa clase, (iii) reglas para garantizar la integridad y autenticidad de los datos, (iv) medios de trabajo, (v) reglas de confidencialidad y (vi) estipulación de un calendario de trabajo, resuelto en la elaboración de nuevos dictámenes periciales y eventual suscripción de un documento conjunto por uno y otro equipo pericial, que expresara de manera nítida el alcance y causas de sus divergencias.

Séptimo. Una y otra parte realizaron alegaciones en fechas de 17 de junio de 2022. Mediante auto de 27 de junio de 2022, concedí un itinerario de prueba ampliado de manera coherente con lo previamente señalado durante la celebración del acto de audiencia previa y que, instrumentalmente, se traduciría en la celebración de una sala de datos para la reformulación de los dictámenes periciales de una y otra parte y eventual suscripción de un documento conjunto. La resolución resultó aclarada mediante auto de 15 de julio de 2022, tras las nuevas alegaciones de las partes de 30 de junio y 7 y 15 de julio de 2022. Sobre la adopción de medios concretos para garantizar la transparencia y autenticidad de los datos a exhibir, el auto de 27 de junio de 2022 señaló que:

"13.- En tercer lugar, considero relevante establecer un mecanismo adicional en virtud del cual la parte actora pueda garantizar la autenticidad de los datos que son puestos a su disposición durante la celebración de la sala de datos, que no tendrá lugar en las dependencias judiciales, sino en cualquiera de los dos lugares adicionales identificados al efecto por Toyota, a elección del actor. En particular, la parte actora debería poder consultar una muestra lo suficientemente amplia de la información comercial original de la que resulten los datos económicos incorporados a la base de datos puesta a su disposición, para contrastar su verosimilitud. Por eso, la parte demandada estará obligada a exhibir documentos originales de los que resulte el precio de transacción completo, en cada fase de la cadena de distribución de Toyota y hasta su cliente final en cada caso, hasta un máximo del 15% de las operaciones comerciales totales incorporadas a esa base de datos, a selección de la parte actora. De este modo, junto a los datos inicialmente relacionados en la propuesta de Toyota, se pondrá a disposición de la parte actora ese porcentaje de documentación adicional durante la celebración de la sala de datos o de forma inmediatamente posterior, en cuanto resulte posible recabar y procesar esa información y, en cualquier caso, quince días antes de la vista principal del juicio".

Octavo. En fecha de 2 de septiembre de 2022, Toyota realizó nuevas alegaciones para manifestar que, en ejecución de las resoluciones judiciales anteriores, se había previsto el inicio de la sala de datos en fecha de 1 de septiembre de 2022, adoptándose las medidas necesarias a tal fin. Sin embargo, llegado el día de la fecha, únicamente compareció la letrada de la parte actora para expresar que la medida no debía llevarse a cabo, por la necesidad de ampliar el periodo temporal de los datos ofrecidos y por la quiebra de Toyota de su obligación de proporcionar la documentación original en los términos judicialmente acordados. En fecha de 8 de septiembre de 2022, la parte actora manifestó que se encontraba pendiente de respuesta judicial el recurso planteado en fecha de 15 de julio de 2022 por Toyota, que Toyota se había negado a la exhibición



de los documentos originales según fue acordado por el juzgado y que, constatada la mala fe de Toyota, la medida de acceso resultaba inviable. En fecha de 14 de septiembre de 2022, Toyota realizó nuevas alegaciones para señalar que siempre se había mostrado dispuesta a cumplir con la medida de acceso judicialmente acordada y que, en síntesis, la parte actora trataba de hilvanar un relato para justificar su renuncia a la práctica de la medida de acceso. Mediante auto de 14 de septiembre de 2022, dejó sin efecto la medida de acceso acordada durante la celebración de la audiencia previa y anunció la valoración de las circunstancias anteriores al tiempo de pronunciamiento de sentencia, señalando vista principal de juicio para el día 4 de octubre de 2022. Posteriormente, se acordó la celebración de la vista principal para el día 5 de octubre de 2022.

Noveno. Llegado el día de la vista, Toyota renunció al interrogatorio del testigo Sr. Cornelio. A continuación, se procedió a la crítica oral de los dictámenes periciales de cada parte, interviniendo el Sr. Demetrio por cuenta del equipo pericial designado por la parte actora y el Sr. Benjamín por el de la demandada. Tras el agotamiento de las finalidades del acto, quedaron los autos vistos para sentencia.

HECHOS PROBADOS

La valoración de las alegaciones de las partes y de la prueba practicada en el caso permite establecer, como acreditada en la instancia y relevante para su solución, la siguiente relación de hechos probados:

1.- Mediante Resolución de 23 de julio de 2015, recaída en el Expte. NUM001 -Fabricantes de automóviles, la CNMC resolvió que:

"PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Sexto de esta Resolución.

SEGUNDO.- De acuerdo con la responsabilidad atribuida en los Fundamentos de Derecho Sexto y Séptimo, declarar responsables de las citadas infracciones a las siguientes empresas:

(...)

20. TOYOTA ESPAÑA, S.L., empresa distribuidora de los automóviles de las marcas LEXUS y TOYOTA en España, por su participación en el cártel de intercambio de información confidencial, futura y estratégica en las áreas de gestión empresarial, postventa y marketing, desde febrero de 2006 hasta agosto de 2013".

(...)

QUINTO.- Declarar que SEAT, S.A. así como al resto de empresas que forman parte del Grupo al que pertenece ésta, VOLKSWAGEN AUDI ESPAÑA, S.A. y PORSCHE IBÉRICA, S.A., reúne los requisitos previstos en el artículo 65 de la LDC y, en consecuencia, eximirles del pago de la multa que le corresponde por su participación en la conducta infractora.

SEXTO.- Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución".

(doc. 1 actor, resolución sancionadora CNMC)

2.- La resolución sancionadora constató la existencia de un cártel entre las unidades económicas destinatarias, concurriendo a tal fin los presupuestos previstos en la DA 4ª LDC, todo en relación con tres grupos de conductas consistentes en intercambios de información comercialmente sensible y relativa a sus estrategias de distribución comercial, servicios y actividades de posventa y condiciones de las políticas y estrategias comerciales actuales y futuras con respecto al marketing de posventa.

(doc. 1 actor, resolución sancionadora CNMC)

3.- La resolución sancionadora resultó judicialmente confirmada mediante STS, 3ª, núm. 1420/2021, de 1 de diciembre de 2021, ponente José María del Riego Valledor, que, a su vez, también confirmó la SAN, Contencioso, rec. 689/2015, ponente Francisco de la Peña Elías.

(docs. 2-3 actor, resoluciones judiciales)

4.- En fecha de 31 de marzo de 2011, la parte actora adquirió el vehículo Toyota Auris híbrido 1.8 active, bastidor NUM000, a través del concesionario independiente Sakurauto, S.A., por importe total de 17.610 euros, según el siguiente desglose:

Franco fábrica 18.543'56 euros

Transporte 270 euros



Descuento -1.940'68 euros

Base imponible 16.872'88 euros

IVA 18% 3.037'12 euros

Total factura 19.910 euros

Descuento "prog. Co2txe 2010 -2.300 euros".

(doc. 4 actor, factura)

5.- Toyota adquirió ese vehículo de su matriz europea por 15.142'66 euros, obtuvo una ganancia del 3'09% en su precio de venta a Sakurauto, S.A., y esta percibió a su vez una ganancia adicional del 7'17% sobre el precio final de venta a la parte actora, antes de impuestos y ayudas.

(doc. demandado de 2 de junio de 2022-informe pericial Compass Lexecon)

6.- Mediante Resolución de 5 de marzo de 2015, recaída en el Expte. NUM002 -Concesionarios Toyota, la CNMC constató una infracción del artículo 1 LDC por parte de once unidades económicas concesionarias de Toyota en un marco temporal próximo al anterior y que, en síntesis, consistió en la adopción e implementación de acuerdos de fijación de precios y otras condiciones comerciales y de intercambio de información sensible entre las empresas destinatarias.

(hecho notorio)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Desestimación de la demanda.

1.- Debo desestimar la demanda formulada por la parte actora, al considerar que, pese a la aplicabilidad de una presunción de daño tras infracción de cartel según la tipología y características de la conducta sancionada y no habiendo sido esa presunción refutada por la demandada, su actividad de postulación y prueba no colma directamente las exigencias del juicio de cuantificación de ese daño, ni la hace merecedora de un ejercicio alternativo de estimación judicial del daño eventualmente sufrido, según su conducta en el proceso, por haber provocado un desenlace final de insuficiencia probatoria.

2.- En fundamentos sucesivos abordaré una primera valoración probatoria, determinaré el marco jurídico aplicable a la solución del caso, apreciaré la legitimación activa de la actora, interpretaré el significado de lo resuelto por la CNMC, abordaré un segundo ejercicio de valoración probatoria para constatar la insuficiencia definitiva de los dictámenes periciales presentados por una y otra parte y, por fin, rechazaré la práctica subsidiaria de un ejercicio de estimación judicial del daño eventualmente sufrido por la actora. Ofreceré un pronunciamiento adicional sobre imposición de costas procesales.

Segundo. Sobre la narración de hechos probados.

3.- A modo de primer ejercicio valoración probatoria y que ampliaré posteriormente, en las inflexiones necesarias con la valoración jurídica que conduce a la solución del caso, debo ahora enfatizar que la narración de hechos probados resulta de la reproducción del material documental incorporado a las actuaciones, de autenticidad no impugnada, y del dictamen pericial aportado por la parte demandada, cuya valoración crítica es asequible por la simplicidad de su formulación. A todo eso añadido un hecho notorio adicional y que influirá también en mi proceso de convicción.

4.- De ahí resultan algunas conclusiones relevantes con las que introducir el ejercicio de valoración jurídica que la solución del caso exige y que se pueden enumerar así:

(i) Que la demandada ha sido sancionada por haber incurrido en una infracción de cartel.

(ii) Que esa infracción, si única y continuada, fue compleja, en cuanto consumió hasta tres modalidades simultáneas, pero alternativas, de conductas antijurídicas.

(iii) Que, en todos esos casos, la especie de conducta antijurídica imputada a la demandada fue el intercambio de información comercial y sensible.

(iv) Que solo una de esas conductas pudo haber tenido incidencia en la determinación del precio en el mercado de compraventa de vehículos, según la clase de la información compartida en cada caso.

(v) Que la parte actora adquirió un vehículo potencialmente afectado por la conducta infractora sancionada.



(vi) Que, en la determinación del precio final satisfecho por la actora y según los términos de esa concreta transacción, el margen comercial de la demandada quedó cifrado en una magnitud económica porcentualmente menor respecto del total.

(vii) Que es precisamente esa magnitud económica menor, es decir, el margen comercial de la demandada, la que pudo resultar afectada por la conducta cartelizada que le es imputable, de nuevo, según la tipología de esta y en ausencia de una actividad probatoria más intensa que acredite otra cosa.

Tercero. Marco jurídico aplicable a la solución del caso.

5.- El eje temporal de hitos relevantes para la determinación del marco jurídico aplicable a la solución del caso es el siguiente:

(i) Toyota incurrió en una infracción de cártel desde febrero de 2006 hasta agosto de 2013.

(ii) La parte actora adquirió un vehículo Toyota en marzo de 2011.

(iii) La CNMC constató y sancionó como tal la conducta infractora de Toyota en fecha de 23 de julio de 2015.

(iv) Esa resolución fue confirmada judicialmente en fecha de 1 de diciembre de 2021.

(v) La Directiva de daños fue publicada en el DOUE en fecha 5 de diciembre de 2014 y entró en vigor a los veinte días de su publicación.

(vi) Su transposición se produjo mediante RD-Ley 9/2017, de 26 de mayo, que previó su entrada en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, que se produjo el día 27 de mayo de 2017.

(vii) La parte actora formuló su demanda en fecha de 4 de marzo de 2022.

6.- Como es sabido, los jueces españoles hemos abundado durante los últimos años en la determinación del régimen jurídico aplicable a procesos de objeto próximo al presente y en circunstancias parecidas, todo para interpretar el difícil régimen transitorio que se prevé en los artículos 21-23 de la Directiva de daños.

7.- Sigue resultando difícil determinar qué es lo que ocurre con casos como este, donde la conducta infractora tuvo lugar de manera anterior a la entrada en vigor de la Directiva de daños, fue sancionada con posterioridad a ese momento, pero a su vez de forma anterior a la entrada en vigor de nuestra normativa de transposición y donde la resolución sancionadora resultó confirmada y la acción de daños finalmente entablada tras ambos hitos legislativos.

8.- Por las diferencias que advertí con los hechos que enjuicé mediante SJM núm. 3 de Barcelona, de 6 de junio de 2018, sobres de papel, con ocasión del pronunciamiento de la SJM núm. 3 de Valencia, de 20 de febrero de 2019, cartel de camiones, sostuve que en ese caso 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 indirecta, respecto de dos extremos relevantes: la aplicación de una presunción de daño y el recurso a la facultad de estimación judicial de este. Entendí que la aplicabilidad de las presunciones de daño tras una infracción de cartel resultaba accesible con recurso a la regla *ex re ipsa* y sin necesidad de ninguna construcción añadida que tomara como base, en forma alguna, lo previsto en la Directiva de daños. Pero sí afirmé que el recurso a la estimación judicial del daño exigía del soporte directo o indirecto que solo la Directiva de daños procuraba, pues entendí que la naturaleza de la habilitación del juez mercantil para conducirse de ese modo era una previsión sustantiva, ya que cualificaba este régimen de responsabilidad por daño frente a las soluciones generales del Derecho de Daños.

9.- Con todo, la SAP Valencia, 9ª, de 16 de diciembre de 2019, ponente Purificación Martorell Zulueta corrigió esa decisión personal y quiso superar esta discusión, partiendo de la entonces ya conocida STJUE, de 28 de marzo de 2019, asunto C-637/17, Cogeco, para expresar que, para la solución de ese caso, no debía darse una interpretación conforme de la regla del artículo 1902 CC con la Directiva de daños, sino que bastaba hacerlo respecto del *"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"* (FJ 7º).

10.- Nada de lo anterior se ajusta de manera perfecta a lo recientemente resuelto mediante STJUE, de 22 de junio de 2022, asunto C-267/20, Volvo AB y Daf Trucks NV v. RM, sobre discriminación temporal de las normas transitorias de la Directiva de daños. Pero considero que los matices que existen entre ese cuerpo de jurisprudencia menor y lo últimamente establecido por el Tribunal de Justicia, no imponen conclusiones relevantes para la solución de este caso.



11.- Porque, en realidad, las únicas inflexiones que siguen siendo importantes aquí, según la delimitación de hechos y cuestiones jurídicas controvertidas que definen el objeto de este proceso, son (i) las del contenido y extensión del principio de efecto vinculante, (ii) la aplicabilidad de presunciones de daño y (iii) el eventual recurso a la facultad de estimación judicial de este.

12.- Sobre lo primero, el principio de efecto vinculante, su caracterización y significado, cabe señalar que eso integra un acervo anterior a la Directiva de daños, momento en el que ya se disponía de cobertura normativa suficiente sobre esta institución. De este modo, sin siquiera entrar a discriminar la aplicabilidad de las previsiones de la Directiva en este sentido, según las facetas sustantivas y procesales del principio, bastaría con asumir el reenvío que sugiere la Audiencia Provincial de Valencia. Pues el principio ya había sido objeto de una intensa interpretación jurisprudencial. Abundaré sobre eso algo más tarde.

13.- Sobre lo segundo, la aplicabilidad de presunciones de daño a una acción de daños tras una infracción de cartel, y sobre lo tercero, la disponibilidad de la facultad de estimación judicial de daños para la solución de este caso, me extenderé algo más a continuación, junto con consideraciones añadidas sobre el estado jurisprudencial de la litigación por daños en nuestro país.

14.- El punto de partida es, por un lado, lo resuelto mediante STJUE, de 22 de junio de 2022, asunto C-267/20, Volvo AB y Daf Trucks NV v. RM, cuando advirtió que esa facultad de estimación judicial *"constituye una disposición procesal a efectos del artículo 22, apartado 2, de la (Directiva de daños)"* y que *"en su ámbito de aplicación temporal está comprendida una acción por daños que, aunque se derive de una infracción del Derecho de la competencia que finalizó antes de la entrada en vigor de dicha Directiva, fue ejercitada después del 26 de diciembre de 2014 y después de la entrada en vigor de las disposiciones que transponen tal Directiva al Derecho nacional"*.

15.- También, cuando esa misma sentencia advirtió el carácter sustantivo de la presunción de daño incorporada al artículo 17.2 de la Directiva de daños, de manera que se encuentra afectada por la regla de irretroactividad prevista por el artículo 22.1 de la norma y su ámbito de aplicación temporal no se extiende a una acción por daños que se refiere a una infracción finalizada antes de la expiración de su plazo de transposición.

16.- De manera adicional, partiendo del mismo lugar, que la presunción de daño consume la relación de causalidad entre perjuicio y cártel (en el párrafo 94 de la sentencia).

17.- Y, asumiendo ahora una labor de interpretación más amplia que ponga en relación esa toma de posición del Tribunal con el régimen de interferencia y supletoriedad existente entre la normativa comunitaria de competencia y la nacional (en el considerando 11 de la Directiva de daños), debe señalarse que la imposibilidad de recurrir a la presunción de daño prevista en el artículo 17.2 de la Directiva no impide que una acción de esta clase se vea favorecida o facilitada, con el mismo alcance y efectos, por otras construcciones análogas y disponibles en el derecho nacional, con el único límite de lo que resulte de los principios de efectividad y equivalencia.

18.- Pues bien, como he señalado, desde el pronunciamiento de aquellas sentencias en los casos sobres de papel y cartel de camiones, he considerado aplicable a estas acciones la regla *ex re ipsa*, para presumir la existencia de daños susceptibles de compensación tras una infracción de cartel. Esa toma de posición ha resultado confirmada, en ambos casos, por la SAP Barcelona, 15ª, de 10 de enero de 2020, ponente José María Ribelles Arellano, sobres de papel, o la misma SAP Valencia, 9ª, de 16 de diciembre de 2019, ponente Purificación Martorell Zulueta, cartel de camiones. En realidad, se trata de una asunción pacífica y extensa de nuestra jurisprudencia menor (vid. Marcos, F., "Primeras sentencias de las Audiencias Provinciales sobre los daños causados por el cártel de los fabricantes de camiones", Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución, núm. 26, enero-junio de 2020 y "Jurisprudencia menor sobre los daños causados por el cártel de camiones", Almacén de Derecho, 21 de enero de 2022). Este razonamiento satisface todos los requisitos de la presunción judicial como actividad intelectual asimilada a la prueba en el artículo 386 LEC. Sobre los requisitos generales de esta norma procesal y por todas, puede verse la STS, 1ª, núm. 89/2008, de 8 de febrero de 2008, ponente Jesús Corbal Fernández. Partiendo de los hechos conocidos sobre la infracción como su tipología, intensidad, extensión y otras circunstancias, un razonamiento lógico bastante conduce a ese resultado, de manera coherente con lo que resulta de la evidencia empírica disponible sobre infracciones semejantes. A su vez, el recurso a las presunciones *ex re ipsa* debe hacerse conciliable con la doctrina jurisprudencial que ha advertido su inaplicabilidad allí donde, de la misma manera evidente y ante la ausencia de una prueba específica, no se constata la existencia de daño (STS, 1ª, núm. 516/2019, de 3 de octubre de 2019, ponente Ignacio Sancho Gargallo, Nuba).

19.- Los carteles causan daño. Un cartel es un comportamiento ilícito que provoca un incremento artificial del poder de mercado de los cartelistas y restricciones en la oferta de productos y servicios, la expulsión

de consumidores del mercado afectado por la conducta, el incremento de precios y la obstaculización del desarrollo tecnológico (partiendo de Alfaro, J., "Reflexiones sobre los objetivos del Derecho tomando el Derecho de la Competencia como ejemplo", Almacén de Derecho, 23 de marzo de 2017). Si eso no fuera posible, las empresas no incurrirían en infracciones de cártel. Los carteles son infracciones muy graves.

20.- En efecto, las autoridades de competencia no tienen por qué comprobar si los cartelistas han alcanzado efectivamente sus objetivos para imponerles una sanción, porque son empíricamente conocidos (Oxera, "Quantifying antitrust damages", estudio preparado para la Comisión Europea, 2009, secc. 4.1). Categorizar una infracción de cartel como una por objeto solo persigue la utilidad de eximir a la autoridad de competencia de probar los efectos de la infracción en el mercado afectado por la conducta (partiendo de Alfaro, J., "La distinción entre infracciones por el objeto y por sus efectos en el art. 101 TFUE y algunos ejemplos en la práctica de la CNC", Derecho Mercantil, 2012). Pero eso no quiere decir que, después de que se indique que una empresa ha incurrido en una conducta de cartel y que esta es una infracción por objeto, todavía sea necesario demostrar que también lo es por efecto (de manera muy nítida en las conclusiones de la Abogada General Kokott, presentadas el 19 de febrero de 2009, asunto C-8/08, T-Mobile, párrafo 45). La mera disponibilidad de información comercial reservada de los competidores determina una presunción sobre la efectiva distorsión del poder de mercado por su utilización (partiendo de SSTJUE, de 8 de julio de 1999, asuntos C-49/92 Anic Partecipazioni y 199/92P, Hüls).

21.- La positivización de la presunción de que los carteles causan daño perseguía corregir las asimetrías de información y algunas de las dificultades asociadas a la cuantificación del perjuicio, todo para garantizar la eficacia de las acciones de daños (en el considerando 47 de la Directiva de daños).

22.- Antes de eso, la jurisprudencia nacional y comunitaria introdujo criterios de facilidad probatoria para garantizar la efectividad del derecho al resarcimiento del perjudicado por una infracción anticompetitiva (en la interpretación concordante de las STJUE, de 20 de septiembre de 2001, asunto 453/99, Courage y STS, 1ª, núm. 651/2013, de 7 de noviembre de 2013, ponente Rafael Sarazá Jimena, Azúcar II, FJ 7º). De manera explicitada o no, la difusión de esos criterios solo se justifica por dos asunciones previas: los carteles causan daño y es difícil probarlo.

23.- Pero esa regla jurisprudencial devenida en canon normativo también está sujeta a algunos límites. Por un lado, la prohibición de excesos de resarcimiento y de concesión de daños punitivos (en el considerando 13 de la Directiva de daños). Por otro lado, que la presunción de daño no puede intervenir como una regla de cuantificación ("*importe preciso del daño*", de nuevo en el considerando 47 de la norma). Respecto de esta última advertencia, que ya asumí con ocasión del pronunciamiento de aquellas sentencias que he citado, conviene todavía destacar que, partiendo de algunas admoniciones de la jurisprudencia comunitaria, el tratamiento normativo de la presunción de daño en la Directiva de daños parece tener más que ver con una sobreactuación para evitar el enriquecimiento injusto, que con su raigambre empírica (vid. Weber, F., et al, "The abstract presumption of harm in the Damages Directive: overconcern of overcompensation", European Competition Journal, 26 de septiembre de 2021).

24.- Lo que no queda del todo claro es cuál debe ser la relación entre esa presunción de daño -disponible antes y después de la entrada en vigor de la Directiva de daños, en una especie u otra y pese a su distinta tipología normativa-, y la distribución de cargas probatorias en el proceso civil. También, qué tenga que añadir a todo eso la atribución al juez de una facultad específica para la estimación de los daños cuando es demasiado difícil hacerlo.

25.- Una presunción de daño que no está conectada con un contenido económico mínimo no tiene ninguna utilidad aparente. Antes, al contrario, entre nosotros invita a interpretaciones inadecuadas sobre el alcance del artículo 217 LEC.

26.- Por ejemplo, insistir en que un proceso de daños puede resolverse por insuficiencia probatoria del intento de cuantificación de la parte actora cuando el de la demandada también lo es implica, en realidad, desactivar el significado de la presunción de daño y, por extensión, lesionar el principio de efectividad del derecho al pleno resarcimiento que asiste al perjudicado por una infracción anticompetitiva ex artículo 101 TFUE.

27.- En realidad, creo que eso forma parte de una confusión recurrente entre los jueces españoles: sostener que existe una disociación entre las normas sustantivas y procesales que confluyen en las condiciones que han de hacer posible la efectividad de ese derecho. Pero todas esas cosas o comparten un solo carácter como normas de Derecho de la Competencia o deben ser desechadas. La reserva de autonomía procesal nacional es solo aparente, en la medida en que ninguna construcción de ese carácter puede condicionar el efecto directo de todo lo que se contiene en el artículo 101 TFUE que, en los hallazgos progresivos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no siempre responde con claridad a una discriminación perfecta de las facetas sustantivas y procesales de una misma institución jurídica.



28.- Desde luego, el Derecho de Competencia no instaura un sistema de responsabilidad civil por daño autónomo y autosuficiente. Pero la responsabilidad civil por daño antitrust es de origen legal y no parte de ese tipo indeterminado que es el artículo 1902 CC, que sencillamente ofrece una acción cuando las específicas de la Directiva de daños y de su norma de transposición nacional no se encuentran disponibles. Eso implica algunas exigencias: nuestra labor como jueces consiste en identificar las especialidades del Derecho de la Competencia y hacerlas conciliables con las de nuestro Derecho de Daños y proceso civil.

29.- Entonces, si una presunción de daño resulta aplicable a una acción privada entablada tras una infracción de cartel constatada por una autoridad de competencia, debe desecharse por inaceptable un silogismo procesal en aplicación del artículo 217 LEC que conduzca, sin mayores consideraciones, a apreciar que esa presunción no significa nada.

30.- Y por eso es especialmente relevante la conexión entre la presunción de daño y la facultad de estimación judicial, pues permite suplir las deficiencias de los intentos de cuantificación del perjudicado, en determinadas condiciones.

31.- Por eso el esquema de litigación aplicable a una acción de daños ejercitada tras una infracción de cartel debería ser el siguiente: el daño se presume si la interpretación de la conducta sancionada así lo permite, el cartelista tiene que probar que no se causó daño, el perjudicado tiene que cuantificarlo y el juez puede estimar ese daño si hacerlo es muy difícil.

32.- Por eso la primera carga procesal en este proceso es del demandado, porque es un cartelista. Tiene que probar que la conducta de cartel sancionada por la autoridad de competencia no causó daños a la parte actora.

33.- Pero ocurre también que la noción legal de cartel incorporada a la DA 4ª LDC es abierta y flexible. El cartel es esencialmente un comportamiento económico y la formulación jurídica de ese tipo infractor es amplia, está sujeta a algunas contradicciones y ha dado lugar a una evolución, tanto en su aplicación práctica como en la difusión de los instrumentos de *soft law* que la acompaña (vid. Rincón García Loygorri, A., "El nuevo concepto de cártel de la LDC a la luz de la práctica de la CNMC" en Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos, Beneyto Pérez, J. M., et. al., coord., Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 37-82).

34.- El cártel es el hecho identificativo al que se ha asociado esa presunción de daño, normativa y jurisprudencialmente (de nuevo, en los párrafos 94 y 102 de la STJUE, de 22 de junio de 2022, asunto C-267/20, Volvo AB y Daf Trucks NV v. RM).

35.- Pero eso no evita que, para la aplicación de la presunción de daño, primero deba ser examinada la tipología concreta de la conducta sancionada y que intervenga como fundamento de la acción. Ese examen debe permitir la constatación de un vínculo jurídico y económico entre la infracción constatada y la teoría del daño con la que el actor base el ejercicio de su demanda. Después, el examen pausado de esa concreta tipología debe también conducir el juicio sobre la intensidad de la presunción de daño. Es decir, sobre la intensidad del umbral probatorio exigible al cartelista para refutar el significado jurídico y económico de la presunción. Porque la presunción de daño es refutable (en la expresión normativa definitiva de la presunción en los artículos 17.2 Directiva de daños y 76.3 LDC y, de forma previa, en el acervo jurisprudencial que ha definido las presunciones *ex re ipsa* como *iuris tantum*).

36.- Si una presunción de daño que no está conectada con un contenido económico mínimo no sirve para nada, una presunción de daño que nunca pueda refutarse no es una presunción, sino una inexorable condena. Y la aplicación privada del Derecho de la Competencia debe resultar compatible con los derechos de defensa que asisten al demandado (considerandos 4, 47 y 53 de la Directiva de daños, en su remisión al artículo 47 CEDH).

37.- Cabe recordar que, a propósito de las relaciones de complementariedad entre las facetas pública y privada del Derecho de la Competencia, una de las principales aportaciones de la doctrina del TJUE es la que advierte que el significado de las instituciones básicas de este Derecho debe ser equivalente en ambos casos (así en la STJUE, 2ª, de 14 de marzo de 2019, asunto C-724/17, Skanska). Pues bien, nuestra *doctrina jurisprudencial pública* señala que la delimitación de cualquier estándar probatorio en estos casos debe resultar siempre compatible con la presunción de inocencia que asiste al investigado (SAN, Sala de contencioso, 6ª, de 19 de noviembre de 2021, ponente Francisco de la Peña Elías, fabricantes de turrón). De manera análoga y pese a la constatación previa de una infracción anticompetitiva, debe resultar posible que el infractor se defienda de alguna manera frente a una acción de daños y, en particular, que pueda llegar a aceptarse en algún caso que la infracción sancionada no causó daño susceptible de compensación, que este fue muy pequeño o que pudo ser repetido a un tercero, aunque eso convierta a esa persona en un perjudicado indirecto y sin compromiso de su derecho de resarcimiento (por ejemplo, en la serie de sentencias sobre el cártel del Euribor de la Audiencia Provincial de Barcelona, por todas, SAP Barcelona, 15ª, núm. 1202/2022, de 15 de julio de 2022, ponente Marta Cervera Martínez).



38.- Después, debe ser necesario examinar en qué concretas circunstancias no debe hacerse uso de la facultad judicial de estimación de daños. Eso exige una reflexión sobre su fundamento y los criterios de política legislativa que han introducido este desarrollo normativo.

39.- Como ya he dicho, creo que la facultad judicial de estimación del daño es el remedio adecuado para dotar de un contenido económico mínimo a la presunción de daño tras cartel (de nuevo en la SJM núm. 3 de Valencia, de 20 de febrero de 2019, y, a riesgo de que se considere una cita inadecuada, por ensimismada o autocomplaciente, "Acciones follow on: la estimación judicial del daño en la práctica reciente de la jurisprudencia española", Revista de Derecho Mercantil, núm. 317, octubre de 2020). Pero, después, todavía es necesario disciplinar algún remedio adicional que trate de evitar que una solución anormal para una acción de daños se convierta en otra normal. Porque no debe serlo (se trata de una "*herramienta extraordinaria*" para Massaguer, J., "Sobrecostos soportados y sobrecostos repercutidos. Una contribución a la teoría de la responsabilidad civil indemnizatoria derivada de las infracciones del Derecho de Defensa de la Competencia", Revista de Derecho Mercantil, núm. 322, 2021, afirmación que es coherente con la explicación del autor sobre la ausencia de un derecho absoluto a obtener compensación, tesis que, a su vez, encuentra fundamento directo en la jurisprudencia germinal de este Derecho -de nuevo en Courage-).

40.- En las inflexiones de los artículos 17 y de los considerandos 15, 46 y 47 de la Directiva de daños, resulta que la principal manifestación de la dificultad probatoria para el desarrollo de un intento de cuantificación por el lesionado por una conducta anticompetitiva reside en la asimetría respecto de la información de la que dispone el infractor. La comunicación normativa entre "*dificultad probatoria*" y "*asimetría informativa*" es insoslayable. Y eso tiene todo el sentido.

41.- Como señalé en este proceso mediante auto de 27 de junio de 2022, desde el pronunciamiento del auto de 19 de junio de 2019, que resultó confirmado por AAP Valencia, 9ª, de 1 de octubre de 2019, ponente Purificación Martorell Zulueta, he considerado, en recepción de los materiales de *soft law* que han acompañado el proceso de consolidación legislativa de la aplicación privada del Derecho de la Competencia, el acceso a fuentes de prueba resuelto instrumentalmente en la celebración de una *sala de datos* es adecuado para, en desarrollo de un itinerario *ad hoc*, tratar de paliar la situación de asimetría informativa entre las partes en el proceso. Pero lo importante es disciplinar un itinerario de prueba que remedie, aunque sea parcialmente, esa situación de asimetría. La "*sala de datos*" no es un fin en sí mismo, sino un instrumento susceptible de ser sustituido por cualquier otra solución que se considere más adecuada. Eso sí, sin buenos motivos para hacerlo, no debe despreciarse una solución normal en el ámbito de la aplicación pública de este Derecho y que, precisamente por eso, cuenta con un amplio refrendo en las recomendaciones y guías que han acompañado la consolidación legislativa de las acciones de daños. Recuérdese que uno de los criterios de valoración probatoria recomendados por la Sentencia Azúcar II fue la homologación del método de cuantificación empleado por el actor en ese caso con cualquiera de los habitualmente aceptados "*por los tribunales de otros países*" (de nuevo, en el FJ 7º).

42.- Así, mediante sentencia de 10 de diciembre de 2019 y en otras posteriores, advertí que el recurso a una sala de datos y para la puesta a disposición de información económica potencialmente relacionada con la infracción causante del daño, es una medida idónea para remediar la dificultad probatoria y asimetría informativa existentes entre el cartelista y un presunto perjudicado por la infracción. El perjudicado por una práctica anticompetitiva no tiene por qué recurrir al mecanismo previsto en el artículo 283 bis LEC, que es la cobertura procesal de esa medida, antes o durante el proceso de daños. Pero, si desprecia abiertamente esa posibilidad cuando ya se ha advertido que su intento de cuantificación es insuficiente, no puede después reivindicar la subsistencia de una situación de dificultad probatoria y asimetría informativa que justifiquen una sobreactuación judicial última, resuelta mediante una estimación judicial subsidiaria del daño compensable. Este era el contrapeso que consideré más adecuado para evitar un recurso abusivo a las facultades de estimación judicial del daño como solución habitual -y por eso inadecuada- de una acción *follow on*. Así se preservaba la conexión de esa facultad con el contenido económico mínimo de una presunción de daño. Antes de eso, debía establecerse un umbral de exigencia probatoria compatible con la efectividad del derecho al pleno resarcimiento del perjudicado por una práctica anticompetitiva y que hiciera posible, alguna vez, la estimación íntegra de demandas. Así y de nuevo en la SJM núm. 3 de Barcelona, de 6 de junio de 2018, sobres de papel y en la SJM núm. 3 de Valencia, de 30 de diciembre de 2019, cartel de camiones (última decisión que también fue corregida mediante SAP Valencia, 9ª, núm. 90/2021, de 26 de enero de 2021, ponente Purificación Martorell Zulueta, en el sentido que diré a continuación). Una y otra cosa debían procurar el equilibrio que esta litigación parece exigir.

43.- Como es sabido, desde el pronunciamiento de la SAP Valencia, 9ª, núm. 1284/20, de 17 de noviembre de 2020, ponente Purificación Martorell Zulueta, se ha instalado para este partido judicial una visión refractaria sobre la utilidad de una medida de acceso semejante a la descrita, por carecer, según se señaló, de refrendo



procesal en nuestro sistema y porque, por el contrario, intervenía como un instrumento que aumenta las dificultades y asimetrías existentes entre las partes en un proceso de esta clase. En síntesis: si el actor carece de datos adecuados para elaborar su dictamen pericial de cuantificación existe asimetría informativa y, si el demandado resuelve compartir con el actor sus propios datos, la situación de asimetría informativa se incrementa. Mediante auto de 10 de mayo de 2021 resolví el planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE que, al menos de manera indirecta, propone indagar sobre la idoneidad de una actividad probatoria basada en la utilización de salas de datos. Al mismo tiempo, la doctrina de la Audiencia Provincial de Valencia en esos casos ha establecido un umbral probatorio exorbitante, pues ningún intento de cuantificación del daño logra nunca formar la convicción del Tribunal en ningún sentido, siendo todos los procesos resueltos de manera homogénea y con recurso a la facultad de estimación judicial del daño. Eso puede verse en la recensión de pronunciamientos que recientemente plasmé en la SJM núm. 3 de Valencia, de 7 de septiembre de 2022, cartel de camiones, así:

"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 al mismo resultado de cuantificación: el cinco por ciento del precio neto satisfecho para la adquisición del camión que funde la pretensión compensatoria en cada caso.

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).

(...)

31.- De este modo, persiste aquí la necesidad de realizar una estimación alternativa del daño sufrido por la actora, según los presupuestos y contenido económico de aplicación de esa facultad en los desarrollos de la misma Audiencia Provincial de Valencia. En eso insiste la parte actora. Pero debo realizar dos salvedades".

44.- Antes del planteamiento de esa cuestión prejudicial, advertí de los resultados prácticos de la implementación de ese criterio jurisprudencial de la Audiencia Provincial de Valencia, mediante respetuoso obiter dicta y con ocasión del pronunciamiento de la SJM núm. 3 de Valencia, de 22 de diciembre de 2020, cartel de camiones. Entre otros extremos, señalé entonces que:

"35.- Sin embargo, llegado a este punto en que los criterios de la Audiencia se traducen en lo que considero una arriesgada llamada a la burocratización de la litigación follow on, nada de eso debe disuadirme de entablar un respetuoso diálogo con ese Tribunal superior, invitando siquiera a la matización de la doctrina jurisprudencial establecida en su última sentencia de 17 de noviembre de 2020, sobre la irrelevancia del ofrecimiento por la parte demandada de los datos en los que se funda su dictamen pericial y relativos a su giro empresarial, incluso en escenarios de previo desvalor e insuficiencia probatoria del dictamen pericial presentado por la parte actora.

36.- Considero que debe ser posible para un cartelista defenderse en forma alguna en el proceso follow on subsiguiente a la aplicación pública del Derecho de la Competencia. Y que eso debe determinar que, si la parte actora no logra formar la convicción judicial con sus propios recursos probatorios y desprecia las fuentes que se le ofrecen (lo que integraría una praxis ordinaria en cualquier jurisdicción más experimentada que la nuestra), eso debe determinar la desestimación de la demanda. No hay trampas: se trata de la necesaria construcción de un Derecho y del desarrollo normal de un proceso civil bajo el amparo judicial".

45.- Esta impresión personal sobre el desenlace actual de la litigación de daños en España no es muy distinta de las conclusiones alcanzadas por otros magistrados españoles, al menos a propósito del altísimo grado de dispersión de las sentencias pronunciadas en la materia por el recurso acostumbrado a las facultades de estimación judicial (vid. Pellicer Ortiz, B., "El problema de la prueba sobre la existencia y la valoración del daño en los procedimientos de reclamación de daños en el ámbito de Defensa de la Competencia", La Ley probática, núm. 6, 2021, o Martín Martín, G. A., "Quantifying damages in cartel cases: the Spanish courts approach to the trucks cartel", Mass Claims Journal, vol. 2, diciembre de 2021).



46.- De lo que se trataba entonces y de lo que se trata ahora es del hallazgo de una regla procesal completa que acompañe a una regla sustantiva completa, de manera que ambas redunden en un sistema de aplicación privada del Derecho de la Competencia que pueda tenerse por aceptable. La suficiencia o insuficiencia de un criterio jurisprudencial se mide por sus resultados. Para el caso del Derecho Mercantil eso es tanto como considerar si sirve o no sirve como criterio de mercado y para disciplinar la actividad económica. Si esa regla genera efectos negativos, debe ser desechada. En caso contrario, merece ser conservada y difundida.

47.- Además, nuestro sistema de fuentes no sitúa a la jurisprudencia en el mismo lugar que reserva a la Ley, la costumbre o los principios generales del derecho (art. 1.1 CC). Eso significa que nuestro ordenamiento jurídico no está basado en la regla del precedente jurisprudencial. La jurisprudencia debe ser uniforme y estable, porque esas notas se corresponden con el principio de seguridad jurídica que informa todo nuestro sistema (art. 9.3 CE). Pero las decisiones de los jueces pueden ser modificadas con gran flexibilidad, siempre sin lesión de la obligación de motivación (art. 120.3 CE). Una aplicación prudente del Derecho exige a los jueces conservar aquellos criterios jurisprudenciales que conducen, de manera más o menos satisfactoria, a la solución de grupos de casos parecidos. La novación de una doctrina jurisprudencial exige que concurren buenas razones que así lo justifiquen. Pero ninguna decisión judicial interviene como una especie de referente inamovible.

48.- Pues bien, el resultado de una doctrina jurisprudencial como la valenciana, que (i) sin duda trata de maximizar el efecto útil de la prohibición contenida en el artículo 101 TFUE enfatizando la importancia de la efectividad del derecho al pleno resarcimiento del perjudicado por una infracción anticompetitiva, (ii) que admite la aplicación de presunciones de daño a las acciones privadas ejercitadas tras una infracción de cártel y (iii) que dota de un contenido económico mínimo a esa presunción en un contexto de insuficiencia de la actividad de prueba del lesionado por la práctica anticompetitiva, (iv) necesita todavía dotarse de algún contrapeso que evite una solución estandarizada e inamovible para las acciones de daños, aunque resulten de una misma decisión sancionadora.

49.- Y ese contrapeso, insistiré en esto, no puede ser el de incorporar a nuestro proceso de razonamiento esas inflexiones sobre las cargas de prueba en el artículo 217 LEC a las que aludí y para la desestimación de demandas por insuficiencia de la actividad probatoria de las partes, si es compartida por ambas. El epítome de las aproximaciones de este tipo, que considero incorrectas, puede verse en el voto particular de la SAP Madrid, 28ª, núm. 331/2022, de 6 de mayo de 2022, ponente José Ignacio Zarzuelo Descalzo y que suscribieron los magistrados Ángel Galgo Peco y Alberto Arribas Hernández, así:

"En contra del criterio de la mayoría, no consideramos que la prueba pericial aportada por la parte demandante ofrezca una valoración razonable de los daños con fundamento en alguno de los métodos aceptados en la teoría económica.

No es que no resulte suficientemente precisa o que, naturalmente, introduzca variables hipotéticas, sino que, en realidad, solo aparentemente la prueba puede ser calificada como verdadera prueba pericial y solo aparentemente utiliza un método aceptado por la teoría económica, concretamente, el de la comparación diacrónica en el mismo mercado. Por lo expuesto, entendemos, en contra la mayoría del tribunal, que la sentencia debió desestimar el recurso de apelación y confirmar la parte dispositiva de la sentencia de primera instancia que desestimó la demanda, aunque lo fuera por otros razonamientos distintos a los expuestos en la resolución apelada que apreció la falta de legitimación pasiva, rechazada en la sentencia del tribunal por razones que compartimos plenamente".

(...)

50.- Eso sería tanto como desactivar los criterios (i), (ii) y (iii) anteriores (párrafo 48) en aquellos casos donde, primero, no se haya refutado la presunción de daño que pueda resultar aplicable. Incorporar esas soluciones a la *doctrina valenciana*, por mucha retórica que se le quisiera imprimir a esa eventual motivación, no sería coherente con el sustrato jurisprudencial que se ha conformado para este partido judicial durante los últimos cuatro años en el enjuiciamiento recurrente de acciones de daños tras infracciones de cártel. Y lo que no debe variar es nuestra intensa convicción sobre la efectividad del derecho al pleno resarcimiento del perjudicado por una práctica anticompetitiva, desactivando de facto el contenido económico mínimo que, a través de la estimación judicial, completa la presunción de daño cuando es aplicable y no ha sido rebatida por el demandado.

51.- Por el contrario, ese cuerpo jurisprudencial que acepto en lo que considero más importante, todavía exige introducir algún tipo de herramienta que explique mejor los presupuestos o requisitos para el ejercicio de una facultad alternativa de estimación de daños por parte del juez, como recurso subsidiario y no a modo de solución normal para un proceso de esta clase. Y, en particular, deberá ofrecerse algún tipo de respuesta que señale qué se debe hacer cuando sea el propio perjudicado por una infracción anticompetitiva quien ha



provocado la situación de oscuridad probatoria en el proceso. También, debe variar nuestra respuesta cuando el demandado pretende probar más y mejor y el actor no quiere hacerlo.

52.- Una doctrina jurisprudencial cumple razonablemente con la finalidad que le es inherente si es uniforme. El valor central de la jurisprudencia es la continuidad, que exige tratar por igual a quienes son iguales, pero no a quienes no lo son. Creo que la doctrina jurisprudencial de la Audiencia Provincial de Valencia está excesivamente condicionada por su asunción del significado y exigencias derivadas del principio de igualdad. Una aproximación relevante de la noción de igualdad como criterio resolutorio puede verse en la SAP Valencia, 9ª, núm. 80/2020, de 23 de enero de 2020, ponente Purificación Martorell Zulueta, así:

"(...) pues entendemos que con arreglo al principio de igualdad jurídica que resulta del artículo 14 de la Constitución, cuando los supuestos enjuiciados respondan de forma mimética al mismo patrón, la respuesta habrá de ser coherente, de modo que, ante supuestos de hecho iguales las consecuencias sean las mismas (...)"

53.- Pero esa visión, si teóricamente aceptable, se ha traducido de manera bien conocida en una aplicación práctica del principio que, en mi opinión, no tiene refrendo en nuestra acepción constitucional sobre este. La cuestión central para considerar aquí es que no se produce una lesión del principio de igualdad por el enjuiciamiento alternativo de grupos de casos que son formalmente análogos, pero materialmente diferentes por la presencia de hechos o circunstancias desiguales (STC, 2ª, núm. 60/1984, ponente Francisco Pera Verdaguer). En realidad, el análisis de cada caso concreto y de sus circunstancias, incluso donde el principio de igualdad resulta aparentemente comprometido, puede ser muy determinante para el desenlace de un proceso de aplicación privada del Derecho de la Competencia (STS, 1ª, núm. 198/2022, de 8 de marzo de 2022, ponente Pedro José Vela Torres). Y, que para grupos de casos muy parecidos pueden todavía adoptarse criterios sustantivos flexibles y alternativos, se evidencia en la doctrina del más destacado referente de la jurisprudencia menor española (SSAP, 15ª, núm. 603/2020, de 17 de abril de 2020, ponente Marta Cervera Martínez; núm. 111/2022, de 27 de enero de 2022, ponente Juan Francisco Garnica Martín; y núm. 1221/2022, de 18 de julio de 2022, ponente José María Ribelles Arellano, todas ellas recaídas en el caso del cártel de camiones).

54.- Mientras tanto, ya se ha advertido de los riesgos de un recurso abusivo al principio de igualdad como criterio resolutorio de acciones de daños, de manera que no se obvian las circunstancias particulares de cada caso (vid. Hitchings, P., "Daños antitrust: ¿cómo conseguir una mayor coherencia y eficacia en la resolución de las reclamaciones en masa? Comentario a raíz de las sentencias del TJUE en Volvo I y Sumal-caso camiones" en Anuario de Derecho de la Competencia 2022, Recuerda Girela, M. A., dir., Civitas-Thomson Reuters, 2022, p. 122, y Marcos, F., "Aportación de sentencias como pruebas en los litigios causados por el cartel de camiones II: precedentes judiciales", Almacén de Derecho, 18 de marzo de 2020).

55.- Cuando una doctrina jurisprudencial es imperfecta merece ser desarrollada. Cuando una doctrina jurisprudencial es equivocada debe ser sustituida por otra correcta. El riesgo de contaminación de este nuevo grupo de casos con los vicios de los anteriores es muy elevado. Si nunca debe desestimarse una demanda *follow on* cuando la demandada no ha refutado la presunción de daño inherente a una conducta de cartel, las soluciones estandarizadas se abrirán otra vez paso de no adoptarse algunos contrapesos que maten la rigurosidad de esa afirmación. En efecto, esas soluciones ya están siendo probadas, otra vez, por otros juzgados mercantiles, así en la SJM núm. 5 de Madrid, de 27 de septiembre de 2022, ponente Moisés Guillamón Ruiz, en desarrollo de la doctrina de la Audiencia Provincial de Madrid, próxima a la de la Audiencia Provincial de Valencia en este extremo. Todo eso será recibido en el mercado como una invitación a la formulación de demandas especulativas y ligeras, lo que condicionará enormemente la calidad de nuestra respuesta. Como advertí mediante SJM núm. 3 de Valencia, de 7 de septiembre de 2022, Sanitas:

"Debo reivindicar la sofisticación y complejidad del Derecho de Competencia, la trascendencia de sus normas y su significado económico. Pues todo eso impregna una doctrina y jurisprudencia precursoras de un extenso tratamiento legislativo y de softlaw, de ámbito comunitario y nacional, que no puede desconocerse. Los jueces españoles debemos comenzar a exigir que esta clase de litigación privada se desarrolle con arreglo a un estándar más elevado".

56.- Necesitamos una evolución jurisprudencial. Y eso no es positivo, ni negativo, sino inevitable. Porque la jurisprudencia no es otra cosa excepto constante evolución frente a una realidad social y económica que, a veces de forma perpleja, solo puede ser encorsetada por la Ley de manera limitada e imperfecta. Así lo explica Posner (The problems of jurisprudence, Harvard University Press, 1993, Preface):

"(b)y jurisprudence I mean the most fundamental, general and theoretical place of analysis of the social phenomenon called Law. For the most part it deals with problems, and uses perspectives, remote from the daily concerns of legal practitioners: problems that cannot be solved by reference to or by reasoning from conventional legal materials, perspectives than cannot be reduced to legal doctrines or to legal reasoning. Many of the problems of jurisprudence cross doctrinal, temporal, and national boundaries".



57.- Sobre la admisibilidad de cambios jurisprudenciales intensos y su compatibilidad con los principios de seguridad jurídica e igualdad, la STC, 1ª, núm. 75/2015, de 27 de abril de 2015, ponente Encarnación Roca Trías, señaló:

"Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que las exigencias de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima de los litigantes no generan un derecho adquirido a una determinada jurisprudencia, por más que hubiera sido constante (STEDH de 18 de diciembre de 2008, caso Unédic contra Francia, § 74), pues la evolución de la jurisprudencia no es en sí contraria a la correcta administración de justicia, ya que lo contrario impediría cualquier cambio o mejora en la interpretación de las leyes (STEDH de 14 de enero de 2010, caso Atanasovski contra la ex República Yugoslava de Macedonia, § 38).

A lo anterior debemos añadir que en el sistema de civil law en que se desenvuelve la labor jurisprudencial encomendada al Tribunal Supremo español, la jurisprudencia no es, propiamente, fuente del Derecho -las Sentencias no crean la norma- por lo que no son miméticamente trasladables las reglas que se proyectan sobre el régimen de aplicación de las leyes. A diferencia del sistema del common law, en el que el precedente actúa como una norma y el overruling, o cambio de precedente, innova el ordenamiento jurídico, con lo que es posible limitar la retroactividad de la decisión judicial, en el Derecho continental los tribunales no están vinculados por la regla del prospective overruling, rigiendo, por el contrario, el retrospective overruling (sin perjuicio de su excepcionamiento por disposición legal que establezca el efecto exclusivamente prospectivo de la Sentencia, como el art. 100.7 LJCA (LA LEY 2689/1998) en el recurso de casación en interés de ley).

Así tuvimos ocasión de señalarlo ya en nuestra STC 95/1993, de 22 de marzo (LA LEY 2165-TC/1993), en la que subrayamos que la Sentencia que introduce un cambio jurisprudencial "hace decir a la norma lo que la norma desde un principio decía, sin que pueda entenderse que la jurisprudencia contradictoria anterior haya alterado esa norma, o pueda imponerse como Derecho consuetudinario frente a lo que la norma correctamente entendida dice" (FJ 3)".

58.- Negar la posibilidad anterior no solamente equivaldría a ignorar los rudimentos de nuestro sistema de fuentes y las aportaciones de nuestra jurisprudencia constitucional. En realidad, sería tanto como obviar lo que ha sido más esencial para el desarrollo del Derecho de la Competencia en su faceta de aplicación privada: un Derecho de formulación y evolución jurisprudencial, que solo de forma progresiva alcanzó cobertura legislativa y que todavía no es completa. Esta evolución puede verse de manera uniforme en cualquier manual básico de Derecho de la Competencia (Ashton, D., Competition damages actions in the EU, Elgar, 2ª edición, p. 3-8 y 18-26; Marco Colino, S., Competition Law of the EU and UK, Oxford, 8ª edición, 2019, pp. 3-8; Marcos, F., et. al., The EU antitrust damages directive, Oxford, 2018, en los aseguibles cronogramas de las pp. 25 y 31; Martí Miravalls, J., Responsabilidad civil por la infracción del Derecho de la Competencia, Tirant lo blanch, 2022, pp. 63-73).

59.- Por eso la sustitución o perfeccionamiento de los criterios jurisprudenciales en el ámbito de la aplicación privada del Derecho a la Competencia ha sido habitual entre nosotros, por ejemplo, con ocasión de la STS, 1ª, núm. 763/2014, de 12 de enero de 2015, ponente Ignacio Sancho Gargallo, sobre el ámbito de aplicación del artículo 81.1. TCE o de la STS, 1ª, núm. 540/2000, de 2 de junio de 2000, ponente Francisco Marín Castán, Disa, sobre el contenido del principio de efecto vinculante. Sin duda alguna, eso es consecuencia inevitable del intensísimo proceso de consolidación legislativa de este Derecho durante las últimas dos décadas, según ya he advertido.

60.- Por el contrario, lo que resultaría presuntuoso es afirmar que la jurisprudencia española es una completa, agotada y segura, porque todavía adolece de insuficiencias que se explican por la novedad de este Derecho y clase de litigación entre nosotros. Como señalé en este proceso mediante auto de 11 de mayo de 2022, la praxis española ha sido limitada hasta la eclosión de este nuevo fenómeno de litigación en masa, que es demasiado reciente (con cita de Marcos, F., "Competition private litigation in Spanish courts 1999-2012", Global competition litigation review, 2013, Issue 4, pero también en otros autores como Díez Estella, "Camiones, sobres de papel, azúcar y el seguro decenal: sobre los cárteles en España y las acciones resarcitorias de daños y perjuicios", Anuario de la Competencia, núm. 1, 2017, pp. 215-248).

61.- Conscientes de eso, voces relevantes de entre los jueces españoles han querido enfatizar que este contexto actual, en su "proyección futura", es uno de "construcción y consolidación de principios jurisprudenciales" (vid. Martorell Zulueta, P., "Reflexiones en torno a la cuantificación del daño en las acciones de resarcimiento por infracción de las normas de competencia. Perspectiva comparada", Boletín mercantil Lefebvre, núm. 97, junio de 2021). Pues bien, el reto es hacer de ese diagnóstico tan acertado un remedio útil para la aplicación práctica de este Derecho.

62.- Para el caso del disclosure y sobre la funcionalidad de nuestro artículo 283 bis LEC, no puede bastar con constatar las limitaciones de nuestro sistema para concluir con una "crítica desfavorable (...), tanto desde el punto de vista técnico como (material) (...)" (por su) regulación técnicamente deficiente e imprecisa,



que amalgama conceptos extraños a nuestra nomenclatura procesal, con elementos y categorías de difícil identificación y configuración por quienes están llamados a invocarla y a aplicarla, omisión de aspectos (...), confusión de conceptos y difícil anclaje en nuestro sistema" (vid. Martorell Zulueta, P., "Aspectos procesales I: acceso a las fuentes de prueba" en Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia, Ruiz Peris, J. I., (dir.), Aranzadi, 2019, pp. 135-136). De nuevo, ese diagnóstico es acertado y riguroso. Pero las insuficiencias del sistema procesal civil español obligan a la adopción de criterios jurisprudenciales alternativos que las enmienden.

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.

64.- Pues bien, creo que esos incentivos esenciales tienen que ver con la adopción de medidas de gestión procesal que, en desarrollo de esa figura ya incorporada a nuestro derecho positivo, el artículo 283 bis LEC, provoquen ese resultado útil. Nuestra doctrina más autorizada ya ha advertido de la gran fragilidad que atraviesa este Derecho, en este momento de transición desde uno sancionatorio a otro compensatorio (eso puede verse en Ruiz Peris, J. I., "Prólogo" en La compensación de los daños causados por la infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE, Ruiz Peris, J. I., dir., Aranzadi, 2016). El resultado de ese proceso de tránsito entre nosotros dependerá del *enforcement* legislativo de la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE. Pero también del *enforcement* jurisprudencial en aplicación del artículo 283 bis LEC, porque ya está incorporado a nuestro sistema y porque se corresponde con una pieza central en la regulación de la Directiva de daños (art. 5).

65.- En este caso, de manera coherente con mi experiencia previa en procesos semejantes, después de haber advertido a ambas partes sobre la insuficiencia de sus medios de prueba y de forma inicialmente consensuada incluso con sus propios peritos, he adoptado los mecanismos de prueba ampliada descritos en los antecedentes de hecho de esta resolución. Y se han añadido medidas específicas para garantizar la transparencia y fiabilidad de los datos a obtener para su aplicación posterior a la solución del caso, consistentes en el acceso a documentación comercial original de la demandada a petición del equipo pericial de la parte actora, en un volumen porcentual relevante del total de datos a exhibir. Pero quizá sea una decisión equivocada.

66.- Si esa es una decisión equivocada, debe ser sustituida por medidas de otra clase que garanticen el mismo objetivo y en desarrollo del mismo precepto: algo hay que hacer con el artículo 283 bis LEC. Porque es nuestro principal desarrollo procesal civil de la última década y la función de política legislativa del precepto es una específica para procesos como este. Entonces, si mis decisiones en interpretación y aplicación del precepto son equivocadas, será función de la Audiencia Provincial de Valencia indicar cuáles deban ser los criterios de aplicación de la norma, por alternativos y correctos. Entre otras cosas, porque en nuestro sistema la segunda instancia es ordinaria y plena, con posibilidad de práctica de medios de prueba adicionales (arts. 464 y cc LEC). Máxime cuando, en el plazo de un año, la misma Audiencia Provincial ha aceptado y rechazado de forma contradictoria la misma solución instrumental que alcancé para la aplicación de la norma, tal y como ya he señalado. En cualquier caso, todas esas propuestas deben traducirse en una litigación más elevada, más transparente, más intensa y asequible para el enjuiciamiento y la valoración probatoria. Un nuevo caso es una nueva oportunidad para que nuestra jurisprudencia evolucione y mejore.

67.- Esta necesidad es todavía más acusada si se considera el apremiante escenario de litigación al que nos aboca la reciente opción del Tribunal Supremo, sobre la elegibilidad del juicio verbal para la sustanciación de un proceso como el presente (AATS, 1ª, de 13 de octubre de 2022, recaídos en los conflictos de competencia núm. 180/2022 y 212/2022, ponentes Ignacio Sancho Gargallo y Pedro José Vela Torres). Incluso obviando lo que resulta de la interpretación concordante del artículo 5 LEC con la tipología posible de las acciones privadas, para enfatizar dónde hay una mera reclamación de cantidad y dónde hay algo más que eso, el modelo de juicio verbal responde a un esquema de litigación sencillo ("*aquellos litigios caracterizados, en primer lugar, por la singular simplicidad de lo controvertido y, en segundo lugar, por su pequeño interés económico*" en el expositivo X LEC), que nada tiene que ver con un proceso de las características del presente en el que puede implementarse el mecanismo del artículo 283 bis LEC. Ahora será todavía más difícil adoptar medidas de gestión procesal, se



prescindirá de una fase intermedia en el proceso y de preparación de la vista principal, la actividad probatoria será más espontánea y pobre y, a buen seguro, ante la ausencia habitual de la admisibilidad de recurso de apelación para casos como este, se provocará una amplísima dispersión de criterios judiciales. Por el contrario, en las resoluciones citadas, el Tribunal Supremo ha considerado que *"la ausencia de un trámite de audiencia previa y la limitación de los recursos no supone merma de derechos a las partes. (...) este procedimiento, más económico y ágil, se acomoda a los principios de efectividad y equivalencia (de la Directiva de daños, con cita de su art. 4)"*.

Cuarto. Legitimación activa.

68.- La primera defensa esgrimida por la demandada es la censura de la legitimación activa de la parte actora pues, según considera y en conexión con el artículo 10 LEC, esta no acredita haber satisfecho efectivamente el precio de la compraventa del vehículo al que se refiere la demanda.

69.- No puede prosperar esta defensa, cuya formulación considero tan ligera como innecesaria.

70.- 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 en supuestos semejantes y como actividad probatoria suficiente para estimar la concurrencia de este presupuesto, la presentación de documentos justificativos de la celebración de contratos de compraventa. Todo 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 empleado habitualmente para acreditar la consumación del contrato (por todas, SJM núm. 3 de Valencia, de 7 de septiembre de 2022, cartel de camiones).

71.- Para el caso de títulos adquisitivos de especie distinta, también he aceptado la presentación de documentos justificativos del agotamiento de 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, creo que no basta con la sola presentación de las pólizas de otorgamiento de esos contratos, ni con la presentación de documentos administrativos. La diferencia en uno y otro caso es evidente. Salvo en una compraventa con precio aplazado, la factura razonablemente documenta la consumación de la operación. Pero 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 normalmente asociadas a este tipo de contrato.

72.- Sin embargo, la doctrina de la Audiencia Provincial de Valencia ha corregido esta última 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, pudiendo bastar, por ejemplo, la aportación de documentación administrativa o técnica del vehículo al que se refiere la demanda (SAP Valencia, 9ª, núm. 784/2020, de 15 de junio de 2020, ponente Purificación Martorell Zulueta, sobre suficiencia de factura de compraventa, y SAP Valencia, 9ª, núm. 67/2021, de 26 de enero de 2021, ponente Purificación Martorell Zulueta, sobre legitimación activa y leasing).

73.- En este caso, la parte actora funda su legitimación activa en la factura de adquisición del vehículo emitida nominalmente en su contra y en la aportación de documentación técnica y administrativa adicionales (bloque documental 4 de la demanda). Todo eso es más que suficiente para justificar su legitimación activa para el ejercicio de una acción de daños.

Quinto. Lo resuelto por la autoridad de competencia.

74.- La resolución sancionadora de la autoridad de competencia es de notable extensión. Debe considerarse que la instrucción del expediente está solo parcialmente afectada por la presencia de algunos infractores acogidos al programa de clemencia, entre los que no se encuentra Toyota. Las exigencias derivadas del principio de efecto vinculante y lo que precisa la solución del caso, no determinan la necesidad de realizar una exégesis integral de esta resolución, pero sí una muy intensa.

75.- Así, considero que es necesario prestar especial atención a la descripción y análisis que la autoridad de competencia realiza sobre (a) el mercado de venta de automóviles en España, (b) los hechos acreditados, (c) los efectos anticompetitivos de la conducta sancionada, (d) la valoración jurídica de la conducta descrita y (e) los criterios para la determinación de la multa y su graduación.

A) El mercado de venta de automóviles en España



76.- La resolución sancionadora dedica las páginas 1 a 25 a la caracterización del mercado afectado por la conducta sancionada, con especial atención a su marco normativo (pp. 15-18), funcionamiento (pp. 18-21) y estructura (pp. 21-25).

77.- De todo eso resulta que la venta de automóviles en España se realiza esencialmente mediante un esquema de distribución selectiva y a través de una red oficial de concesionarios dependiente de cada una de las empresas cartelistas. El mecanismo de fijación de precios inherente a ese sistema implica que (p. 19):

"De acuerdo con dicho sistema de distribución selectiva, el fabricante/distribuidor mayorista (la marca) vende el producto al concesionario/distribuidor minorista, que venderá el automóvil al cliente final en calidad de empresa independiente en nombre y por cuenta propia. Si bien la fijación del precio de venta final del automóvil es responsabilidad del concesionario, está estrechamente relacionado con la política de remuneración establecida por la marca a su Red de concesionarios. Dicha remuneración se compone de una retribución fija o margen básico, no dependiente de la cantidad de vehículos vendidos por el concesionario y percibido como un menor precio (descuento) del precio pagado por el concesionario a la marca, y una retribución variable dependiente de la consecución de los objetivos de volumen de ventas y de satisfacción y lealtad de los clientes y que es percibida por el concesionario de modo diferido en el tiempo y de manera periódica".

78.- De manera adicional, se constata que el mercado de automóviles es muy poco transparente, por la escasa disponibilidad de datos procedentes de fuentes públicas y, en especial, por las dificultades de obtener información relativa a categorías comerciales relevantes.

B) Los hechos acreditados

79.- La resolución sancionadora dedica las páginas 25 a 37 a la exposición de los hechos acreditados en el expediente sancionador. De ahí resultará el hallazgo de tres conductas relevantes para el Derecho de la Competencia, consistentes en todos los casos en intercambios de información empresarial. Así (pp. 25-26):

"(...) 1. Intercambios de información comercialmente sensible sobre la estrategia de distribución comercial, los resultados de las marcas, la remuneración y márgenes comerciales a sus redes de concesionarios con efecto en la fijación de los precios de venta de los automóviles, así como en la homogeneización de las condiciones y planes comerciales futuros de venta y posventa de los automóviles en España desde, al menos, 2004, hasta julio de 2013, fecha de la realización de las inspecciones citadas. En estos intercambios habrían participado 20 empresas distribuidoras de las marcas AUDI, BMW, CHEVROLET, CITROËN, FIAT-LANCIA-ALFA ROMEO, FORD, HONDA, HYUNDAI, KIA, MAZDA, NISSAN, OPEL, PEUGEOT, RENAULT, CHRYSLER-JEEP-DODGE, SAAB, SEAT, SKODA, TOYOTA y VW, con la colaboración de SNAP-ON desde noviembre de 2009.

2. Intercambios de información comercialmente sensible, sobre sus servicios y actividades de posventa, así como respecto a sus actividades de marketing en España desde marzo de 2010 hasta, al menos, agosto de 2013. En tales intercambios de información habrían participado 17 empresas distribuidoras de marcas de automóviles, en concreto, las de las marcas AUDI, BMW, CHEVROLET, CITROËN, FIAT, FORD, HONDA, HYUNDAI, KIA, MAZDA, NISSAN, OPEL, PEUGEOT, SEAT, SKODA, TOYOTA, VW, LEXUS, MERCEDES, MITSUBISHI (esto es, B&M; en los elementos probatorios que constan en el expediente se identifica por la citada marca), PORSCHE y VOLVO, con la colaboración de URBAN desde 2010.

3. Intercambios de información comercialmente sensible relativa a las condiciones de las políticas y estrategias comerciales actuales y futuras con respecto al marketing de posventa, campañas de marketing al cliente final, programas de fidelización de clientes, las políticas adoptadas en relación con el canal de Venta Externa y las Mejores Prácticas a adoptar por cada una de las citadas marcas, con ocasión de las denominadas "Jornadas de Constructores", en los que habrían participado 14 empresas distribuidoras de las marcas de automóviles que participaban en los anteriores intercambios de información, en concreto, AUDI, BMW, CITROËN, FIAT, FORD, HYUNDAI, MAZDA, NISSAN, OPEL, PEUGEOT, SEAT, SKODA, TOYOTA, VW, LEXUS, RENAULT, SAAB y VOLVO, desde abril de 2010 a marzo de 2011".

80.- La autoridad de competencia constata una serie de "hechos comunes a las tres tipologías de foros de intercambios de información" que operan, más bien, desde el carácter complejo y al mismo tiempo unitario de la conducta infractora que se describe. Por el contrario, la propia dinámica asumida por las unidades económicas infractoras permite diferenciar cada una de esas tres tipologías nominalmente como "de marcas" (o "club de socios o de marcas"), "de posventa" ("programa de intercambio de información de indicadores de posventa") o "de marketing" ("jornadas de constructores"). Aunque no resulte muy ortodoxo, me referiré a cada una de estas conductas como carteles independientes, a los solos efectos de clarificar mi razonamiento y exposición.

81.- Los hechos acreditados y relativos al cartel de marketing se describen de forma muy parca (p. 37). Al parecer, esta conducta permitió únicamente el intercambio de información confidencial relativa a las condiciones y políticas comerciales relacionadas con el marketing de posventa y otras asimiladas, que



podieron influir en el desarrollo de estrategias comerciales futuras sobre elementos accesorios de la venta de automóviles, como la de neumáticos, pintura, la comercialización de seguros, programas de fidelización, mantenimiento o reparación y otras asimiladas.

82.- Los hechos acreditados y relativos al cartel de posventa se describen de forma algo más extensa (pp. 32-37). En este caso, los cartelistas contaron con la colaboración de consultoría externa para la coordinación de los intercambios de información. La actividad del cártel consistió desde entonces en la puesta en común de información que era utilizada para la elaboración de informes de carácter mensual, trimestral y anual, esencialmente sobre la facturación de piezas de recambio y accesorios, vicisitudes relativas a los programas de mantenimiento de vehículos y otras sobre las redes de talleres oficiales autorizados.

83.- Los hechos acreditados y relativos al cartel de marcas ocupan un lugar preeminente en la narración de la autoridad de competencia, tanto para enumerar los hechos comunes a las tres tipologías de foros de intercambios de información, como en la expresión de los hechos acreditados en relación específica a la información del club de marcas (pp. 26-32). Los intercambios de información confidencial comprendían una gran cantidad de datos, bien mediante comunicación electrónica o mediante la celebración de reuniones secretas y no documentadas. La información intercambiada afectaba a la distribución y comercialización de todos los vehículos distribuidos en España por los cartelistas. En este caso, los cartelistas también dispusieron de apoyo externo para la coordinación y funcionamiento del cártel. La naturaleza y características de la información compartida se describen de manera ambigua, pero en particular comprendían datos correspondientes a las siguientes categorías (p. 27):

"(...) - la rentabilidad y facturación de sus Redes de concesionarios en total y desglosado por venta de automóviles (nuevos y usados) y actividades de posventa (taller y venta de recambios),

- los márgenes comerciales y política de remuneración ofrecida por las marcas a sus Redes de concesionarios, con influencia en el precio final de venta fijado por éstos; ello incluía, el peso, en términos porcentuales, asignado a retribución fija y variable a los concesionarios, conceptos incluidos en cada una de las tipologías de retribución, sistema de bonus, financiación de campañas, sistemas de verificación de objetivos y financiación de los vehículos adquiridos por los concesionarios.

- las estructuras, características y organización de sus Redes de concesionarios y los datos sobre las políticas de gestión de dichas Redes".

C) Los efectos anticompetitivos de la conducta sancionada

84.- La resolución sancionadora dedica las páginas 70 a 74 al análisis de los efectos anticompetitivos de la conducta sancionada. Es cierto que la finalidad principal de ese esfuerzo argumentativo se corresponde con la necesidad de calificación de la conducta como antijurídica, es decir, como una infracción de cartel. Pero, aunque ese pronunciamiento se encuentre instrumental y acusadamente afecto al desenlace del proceso de aplicación pública, no por eso los razonamientos plasmados por la autoridad de competencia son menos útiles para un proceso de aplicación privada.

85.- En síntesis, el esfuerzo argumentativo de la autoridad de competencia se centra en afirmar el carácter antijurídico de un intercambio de información entre competidores, refutando las alegaciones de los infractores en tal sentido. Se trata allí - y también aquí- de recuperar una vieja dialéctica sobre la distinción entre infracciones por objeto y por efecto a la que he aludido en el fundamento anterior.

86.- Y parece importante destacar que, si el resultado del proceso de aplicación pública no está condicionado por el previo hallazgo de una distorsión efectiva de la competencia en el mercado de automóviles durante el periodo de cartelización, la autoridad de competencia sí constató vestigios suficientes para afirmar que el comportamiento sancionado era idóneo para afectar la conducta competitiva de las unidades económicas cartelistas. En particular, que esa conducta había permitido disminuir la competencia efectiva entre ellos (*"el intercambio de información sensible ha tenido lugar y ha permitido disminuir la rivalidad entre las marcas que acordaron dichos intercambios"*, pp. 71-72, y *"han causado una afectación restrictiva de la -competencia-*", p. 73). De manera adicional, la autoridad de competencia constató igualmente una afectación estructural del mercado de distribución mayorista y con proyección y eficacia sobre el mercado de distribución minorista, así (de nuevo en la p. 73):

"Los intercambios producidos incluyeron la comunicación a las competidoras de los planes y acciones comerciales presentes y futuros de las marcas participantes respecto a la venta y postventa a través de sus redes de concesionarios y talleres oficiales, así como las políticas retributivas a dicha red de distribución, con efecto en la homogeneización y fijación de las condiciones y planes comerciales presentes y futuros de las marcas de automóviles imputadas. Los intercambios desvelaron información confidencial y estratégica sobre la organización de las respectivas redes comerciales de las marcas, datos fundamentales para diferenciarse de

sus competidores y rivalizar efectivamente en el mercado de distribución, con el consiguiente perjuicio para la competencia".

87.- A su vez y respecto de la afectación concreta de los intereses de los clientes finales (p. 74):

"(...) el cartel de intercambio de información tenía como objeto y tuvo como efecto beneficiar exclusivamente a las marcas partícipes, en detrimento de clientes y consumidores y de otros competidores que no participaron en el intercambio de información secreta y estratégica".

D) Valoración jurídica de la conducta sancionada

88.- Por todo ello, la autoridad de competencia califica la conducta como una infracción única y continuada de cartel, con subsunción en los artículos 1 LDC y 101 TFUE y con concurrencia de todos los presupuestos necesarios a tal fin y contenidos en la DA 4ª LDC (p. 83). La autoridad de competencia enfatizará aquí nuevamente que *"la conducta ha ocasionado efectos perniciosos sobre la competencia efectiva en el mercado, al provocar una artificial disminución de la incertidumbre de las empresas en relación a la política comercial de sus competidoras y una correlativa disminución de la competencia"* (p. 84).

E) Criterios para la determinación de la multa y su graduación

89.- La resolución sancionadora dedica las páginas 87 a 100 al juicio de imputación y determinación de la sanción imponible a los infractores. Como es sabido, los criterios para la imposición de una multa por una infracción del Derecho de la Competencia son de carácter normativo y se enumeran en el artículo 64 LDC. Ese sustrato invita a considerar la gravedad de la infracción, la contribución causal de cada infractor a esta, la finalidad disuasoria de la multa y otros criterios residuales de proporcionalidad, que pueden ser también útiles para el juicio de cuantificación del daño compensable.

90.- En este sentido, la resolución sancionadora incorpora un ejercicio de valoración sobre la lesividad de la conducta sancionada en atención a la extensión objetiva, geográfica y temporal de la infracción. Así, se señala que la infracción afectó al 91% de la distribución de automóviles en España (p. 93), que la duración media de la conducta imputada fue superior a los 60 meses (en el mismo lugar) y que debía despreciarse, como factor atenuante, la grave crisis en el sector del automóvil, señalando enfáticamente que es precisamente en ese tipo de contextos cuando *"los riesgos anticompetitivos (...) se acentúan, y sus efectos sobre los consumidores y los mercados son aún más perjudiciales"* (en el mismo lugar). Pero también advierte expresamente que *"la conducta no se ha materializado en una fijación explícita de precios o cantidades por parte de los partícipes, si bien no cabe duda de que constituye (un mecanismo apto para restringir) la competencia en la fijación de los precios finales y en la determinación de las condiciones comerciales de los automóviles distribuidos por las respectivas redes de concesionarios, así como de los servicios posventa prestados en ellos"* (p. 92).

Sexto. Lo que eso significa para este proceso.

91.- Sin que este sea el lugar adecuado para descender a una genealogía del principio de efecto vinculante, su fundamentación y propósito, baste ahora señalar que esta regla pretendía originariamente liberar los procesos de aplicación pública y el desempeño de la Comisión de las interferencias de las autoridades y órganos jurisdiccionales nacionales, para estimular después su aplicación uniforme, todo en el art. 16 R(CE) núm. 1/2003 y en la STJCE, de 14 de diciembre de 2000, asunto C-344/98, Masterfoods.

92.- En su desarrollo jurisprudencial posterior y vigente expresión normativa, el principio de efecto vinculante se ha enriquecido y hoy es algo más que una regla de coordinación entre los procesos de aplicación pública y privada del Derecho de la Competencia. Y es importante destacar que, para las acciones de daños, ese principio ya no solo se refiere a lo resuelto por una autoridad de competencia, sino también a la labor de fiscalización ulterior de esas decisiones por parte de los que pueden denominarse jueces de aplicación pública. Así, tanto el artículo 9.1 de la Directiva de daños como nuestra norma de transposición en el artículo 75.1 LDC, caracterizan el principio como una regla de *irrefutabilidad* sobre la constatación de una infracción del Derecho de la Competencia. Pero no solo por parte de una autoridad de competencia, sino también por el órgano jurisdiccional competente para la revisión de sus decisiones.

93.- Pues bien, si la argumentación para la solución del caso parte de una necesaria exégesis de lo resuelto por la autoridad de competencia y si ahora debo indagar en lo que eso significa, por la vigencia del mismo principio de efecto vinculante debo considerar especialmente que ese análisis ya ha sido realizado parcialmente por la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Y que debe estarse a eso. Existe una comunicación bastante entre la acepción de esta faceta del principio de efecto vinculante y el significado, más convencional, de los mecanismos de prejudicialidad y cosa juzgada (arts. 42.3 y 222.4 LEC). Eso no merma la discrecionalidad que me asiste para la solución del caso (partiendo del párrafo 65 de la STJUE, Gran Sala, de 6 de noviembre de 2012, asunto C-199/11, Otis).



94.- Así, en relación con la primera conducta infractora constatada por la autoridad de competencia, el club de marcas, la Sala Tercera del Tribunal Supremo realizó dos importantes asunciones, todo cuando confirmó no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Toyota contra la previa sentencia de la Audiencia Nacional y que había confirmado, a su vez, la resolución sancionadora.

95.- En primer lugar (FJ 4º), la Sala Tercera del Tribunal Supremo asumió que *"(l)os intercambios consisten en datos desagregados (...) (que) se refiere(n) a la remuneración y márgenes comerciales de las redes de concesionarios, que incorpora datos relativos a elementos y variables de los precios con influencia en el precio final de venta. (...). En fin, el tipo de información intercambiada individualizada, actual, secreta y periódica sobre elementos relativos a los precios, permite conocer las estrategias comerciales mutuas de las marcas y las condiciones de las redes de distribución relevante para la adopción de las políticas comerciales y apta para disminuir la incertidumbre y facilitar el alineamiento"*.

96.- En segundo lugar (FJ 5ª), la Sala Tercera del Tribunal Supremo señaló que *"un intercambio de información entre empresas competidoras referente a precios y otros aspectos comerciales, de las características detalladas en apartados anteriores de esta sentencia, que tiende directamente a hacer desaparecer la incertidumbre en el mercado y tiene aptitud para homogeneizar comportamientos comerciales, es una conducta (de cartel)"*.

97.- De todo eso resulta que la resolución sancionadora ha constatado la existencia de una infracción susceptible de generar sobreprecio en el mercado de compraventa de automóviles, es decir, de daño compensable. Esa es la conclusión asequible que resulta de la naturaleza de la infracción sancionada, los hechos relevantes que delimitan su tipología y características, la primera valoración jurídica sobre esos hechos asumida por la autoridad de competencia y los jueces de aplicación pública y lo que impone la disponibilidad de presunciones de daño.

98.- Pero la labor de análisis que la solución de este caso exige no se agota con la afirmación anterior.

99.- Como ya hemos visto, la resolución sancionadora describe hasta tres conductas contrarias al Derecho de la Competencia y nominalmente sancionadas como cartel. Pero solo una de esas conductas es de la tipología y características adecuadas para producir efecto en el mercado y en la forma que he advertido en el párrafo 97 anterior.

100.- Según resulta de la narración de hechos probados, Toyota participó en las tres clases de conductas infractoras.

101.- Sin embargo, ningún intercambio de información con incidencia en cualquier faceta del giro económico de las cartelistas, pero distinta a la distribución de vehículos a motor, puede tener incidencia en la determinación de los precios de ese segmento del mercado. Porque la formación de precios en el mercado de compraventa de automóviles no parece tener nada que ver con los servicios y actividades de posventa de las cartelistas o sus políticas y estrategias de marketing. Desde luego, no es así como la propia resolución sancionadora define el mercado de distribución de vehículos a motor en España y su mecanismo de formación de precios. Por eso no puede apreciarse un vínculo causal teórico entre esas dos de las tres conductas sancionadas y una teoría del daño que trate de explicar, de manera apta, que pudieron tener influencia en la determinación del precio de compraventa de un automóvil a través de un concesionario oficial. Y eso sea cual sea la noción de causalidad relevante que quiera emplearse para conducir ese juicio, incluso aceptando los desarrollos sentados específicamente para este Derecho por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (de nuevo en la recensión de Martí Miravalls, J., Responsabilidad civil por la infracción del Derecho de la Competencia, op. cit., pp. 145-158, también en los trabajos de Robles Martín-Laborda, A., "Indirect purchasers and passing-on", disponible en SSRN y "La defensa basada en la repercusión del daño passing-on causado por infracciones del Derecho de la Competencia", Indret, núm. 1, 2021, y, desde luego, en las SSTJUE, 5ª, de 5 de junio de 2014, asunto C-557/12, Kone I, y de 12 de diciembre de 2019, asunto C- 435/18, Otis II).

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.

106.- En efecto, reproduciendo el mismo juicio discrecional anterior, esa presunción es consistente con la definición de la resolución sancionadora sobre el mercado afectado por la conducta, su estructura, el mecanismo de fijación de precios de compraventa de automóviles a través de concesionario oficial, la tipología del intercambio de información sancionado como cartel y el análisis jurídico y económico subsiguiente realizados por la autoridad de competencia y el Tribunal Supremo.

107.- Pero el análisis sobre el significado de la resolución sancionadora y la conducta infractora constatada, todavía no se agota con la determinación de si resulta aplicable o no una presunción de daño. No al menos cuando también es posible encontrar algún vestigio adicional sobre la eventual lesividad de la conducta en términos de sobreprecio potencial. Y sobre la afirmación anterior planean tanto las inflexiones de aquella noción legal ambigua de cartel a la que me referí, como las características de la conducta sancionada y susceptible de generar daño o la necesidad de establecer un umbral probatorio para refutar el contenido económico mínimo de esa presunción de daño.

108.- Porque lo cierto es que la resolución sancionadora únicamente permite constatar la afectación de un factor menor del proceso de fijación de precio de los automóviles comercializados en España a través de concesionario oficial y durante ese lapso.

109.- En este caso y a diferencia del punto de partida para la litigación del cartel de camiones, a modo de precedente jurisprudencial más inmediato en este partido judicial, la decisión sancionadora no permite constatar la existencia entre los cartelistas de intercambios de información o, en menor medida, la perfección de acuerdos sobre fijación de precios brutos o netos. No consta que existiera una participación en el cártel de sus sociedades matrices para la coordinación de precios brutos o afectación a otras áreas del mercado comunitario.

110.- Por el contrario, la conducta sancionada como cártel se asemeja más bien a un sucedáneo de restricción vertical coordinada para la depredación de los márgenes comerciales de las redes de concesionarios oficiales de las empresas cartelistas. Pues, según lo que sabemos de esa conducta, se refirió esencialmente a las políticas empleadas por los cartelistas para la remuneración de sus distribuidores, por todos los conceptos que integran ese sistema tales como precios fijos y variables, objetivos y bonus, campañas comerciales y financiación.

111.- Y todo eso es capaz de afectar el precio satisfecho por el adquirente final de un automóvil, si esa adquisición se realizó a través del canal comercial afectado por la conducta cartelizada. La propia resolución sancionadora así lo advierte. Pero, en términos de formulación de una teoría del daño aceptable y mientras no se demuestre algo más, solo en la medida en que ese concreto factor pudo verse alterado como consecuencia del cartel, considerado aislada y separadamente dentro del mecanismo de fijación de precios. Porque el

cartel actuó exclusivamente sobre ese factor o, al menos, eso es lo que intuitivamente sugiere la resolución sancionadora.

112.- No se trata aquí de conceder una presunción de daño mitigada o claudicante, sino jurídica y económicamente justificada.

113.- Precisamente este razonamiento es compatible con otro hallazgo de la actividad probatoria que he identificado como hecho notorio: sabemos que el cártel de automóviles fue coetáneo a otro de concesionarios Toyota. En efecto, aunque como es sabido una y otra conducta fueron sancionadas de manera separada y se apreció formalmente su independencia económica (de nuevo partiendo de Marcos, F., "Daños causados por el cártel de los coches", op. cit.), nada de eso impide alcanzar aquí dos conclusiones adicionales.

114.- En primer lugar, que es razonable sostener que el único factor del proceso de formación de precios de un automóvil afectado por la conducta de Toyota tuvo que ver con el precio aplicable a los concesionarios oficiales, en la medida en que estos reaccionaron cartelizándose en algunos casos.

115.- En segundo lugar, que es razonable sostener que, en algunos casos, el eventual sobreprecio abonado por el destinatario final del producto cartelizado se viera afectado directa o indirectamente por dos carteles distintos, lo que exigiría la formulación de una teoría del daño que no despreciase la contribución causal de cada infracción en la generación de ese eventual sobreprecio. Respecto de las compraventas de vehículos adquiridos de concesionarios-unidades económicas no destinatarias o en un momento o ámbito geográfico distinto del sancionado por la CNMC para el caso del cártel de concesionarios Toyota, seguiría siendo necesario, por prudente, descartar que esa infracción no tuvo un alcance -subjetivo, objetivo, geográfico, temporal- más amplio del constatado por la autoridad de competencia o incluso si pudo ser propagada por efecto paraguas (puede verse una definición y recensión jurisprudencial aseguibles sobre la noción de *umbrella pricing* en Sanjuan, E., Valoración de los daños en los supuestos antitrust, Tirant lo blanch, 2017, p. 402, también en Olmedo Peralta, E., "Daños derivados de la subida de precios bajo el paraguas de un cartel -"umbrella pricing"-: una lectura jurídica del nuevo paso en la aplicación privada del Derecho de la Competencia, Revista de Derecho de la Competencia y la distribución, núm. 15, 2014).

116.- Hasta ahora, otros juzgados mercantiles han examinado y resuelto demandas de objeto análogo a esta, para conceder daños en una magnitud económica relevante (así en la SJM núm. 1 de Pontevedra, de 13 de octubre de 2022, ponente Manuel Marquina Álvarez). En mi opinión, eso puede ser consecuencia del ramo probatorio que se haya podido obtener en alguno de esos procesos. Pero, desde la valoración de la conducta constatada por la resolución sancionadora, un resultado de esa clase no se encuentra facilitado por el principio de efecto vinculante, la naturaleza de la infracción sancionada, sus características y la presunción de daño que le es aplicable de manera abstracta.

Séptimo. Insuficiencia de los dictámenes periciales presentados por las partes.

117.- A continuación, debo abordar un segundo ejercicio valoración probatoria, para el análisis exhaustivo de los informes de experto aportados por una y otra parte (informes ACG Consultores y Compass Lexecon).

118.- Como es sabido, nuestro estándar de valoración probatoria asume la dificultad de la cuantificación de los daños derivados de una infracción de cartel y exige el desarrollo de un estudio *"que formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos"* (de nuevo en la STS Azúcar II, FJ 7º, ya citada).

119.- La Comisión ha dotado a los jueces europeos de diversos textos para acompañar su labor de valoración de informes de experto: de nuevo el *"Quantifying antitrust damages"* (2009), la *"Guía práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los arts. 101 o 102 del TFUE"* (2013) o el *"Study on the passing-on of overcharges"* (2016). Los jueces españoles han recurrido de manera habitual a esos textos, para asumir la complejidad de cualquier intento de cuantificación del daño antitrust (en la recensión jurisprudencial y análisis de Marcos, F., "Cuantificación del daño causado por el cártel de los fabricantes de camiones-I", Almacén de Derecho, 5 de diciembre de 2020). De nuevo, de esa afirmación teórica es necesario extraer criterios útiles para el enjuiciamiento de estos casos. Por ejemplo, debería resultar admitido que, respecto de la misma transacción cartelizada, dos equipos periciales distintos, con aproximaciones distintas, pero metodológicamente aceptables, pueden alcanzar conclusiones distintas, incluso con un margen de dispersión amplio en la proyección de resultados, sin que eso invalide, per se, ninguno de ambos estudios. Porque esos estudios no solo son complejos, sino artificiosos.

120.- Nuestra doctrina ha señalado que los jueces deben estimular la selección de criterios de valoración sencillos frente a otros más complejos, en la medida en que carecemos de la formación y auxilio adecuados para su correcta comprensión (vid. Ruiz Peris, J. I., "Arbitrio judicial y cálculo del daño indemnizable en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia" en Problemas actuales



en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia, Ruiz Peris, J. I., dir., Thomson Reuters, 2019, p. 53). De lo que se trata es de la selección de criterios de valoración probatoria que permitan una solución razonable del caso. Así lo expresé con ocasión de la SJM núm. 3 de Valencia, de 15 de septiembre de 2020, cartel de camiones:

"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".

121.- Creo que una apariencia de precisión e intensidad probatoria pueden, en ocasiones, ser un espejismo que únicamente pretenda desbordar las capacidades de valoración del juez y aturdir -apocar- su proceso de toma de decisiones.

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 enfatizar 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".

123.- El informe ACG Consultores tiene por objeto la cuantificación del sobreprecio pagado en la adquisición del vehículo al que se refiere la demanda. Toma como antecedentes la resolución sancionadora y la interpreta en el sentido de tener por acreditado que las empresas cartelistas "(pudieron haber) fijado unos sobrecostes que perjudicasen a los consumidores, es decir, que aquellas personas que hubiesen adquirido un automóvil en esas fechas, de alguna de las marcas sancionadas y en los concesionarios afectados, (habrían) pagado un precio superior al que debían haber pagado en condiciones normales" (p. 2).

124.- Para la elaboración del estudio únicamente se toma en consideración la factura de compra y documentos identificativos del vehículo adquirido (p. 2).

125.- En cuanto al método empleado para la elaboración del informe *"se corresponde con el de la interpolación lineal"* (p. 2). La descripción y recreación del método se desarrolla en las páginas siguientes (pp. 2-6). En realidad, la propuesta de este equipo pericial estriba, básicamente, en (i) establecer un porcentaje de sobrecoste mínimo del 10%, (ii) otro máximo del 15% y (iii) asignar *"puntos"* a las empresas cartelistas en función de su participación en las distintas conductas descritas en la resolución sancionadora y duración temporal de la conducta.

126.- Todo eso permite al equipo pericial que suscribe el informe afirmar que la compra del vehículo descrito en la demanda estuvo afectada por un sobreprecio de 2.863'69 euros, *"teniendo en cuenta que la marca Toyota participó 90 meses en el cartel y que intervino en tres grupos de participación"* (p. 7).

127.- El informe Compass Lexecon tiene por objeto *"realizar (i) un análisis, desde un punto de vista económico, de las premisas, desarrollo y conclusiones (del informe ACG Consultores) y, en caso de que se identifiquen deficiencias técnicas que a nuestro juicio invaliden sus cálculos, (ii) proponer una estimación alternativa de los daños y perjuicios causados por la infracción"* (p. 2).

128.- Como fuentes de información, se identifican la resolución sancionadora, el expediente administrativo y sentencias confirmatorias, la demanda, sus documentos y el informe pericial ACG Consultores, *"así como la información y datos de ventas de automóviles marca Toyota en España facilitados por Toyota"* (p. 2).

129.- El informe Compass Lexecon dedica las páginas 4 y 5 a la censura del informe pericial presentado de contrario. En síntesis, se señala que se asume erróneamente que la conducta sancionada incrementó los precios de venta de los automóviles en España en un umbral porcentual del 10-15%. Después que, sin práctica de análisis de ningún género o justificación alternativa, considerando que la participación de Toyota fue intensa, se asigna un porcentaje de sobreprecio del 14'38%.

130.- En las páginas siguientes (pp. 5-8), se afirma y razona que el sobrecoste que asume el equipo pericial contrario no es plausible, por irreconciliable con la tipología de la conducta infractora y las características del mercado afectado por esta, considerando especialmente los márgenes comerciales de Toyota y del concesionario que intervino en la venta del vehículo objeto del proceso. En particular, se constata que Toyota obtuvo un beneficio bruto en la venta al concesionario distribuidor del vehículo del 3'09%. También, que el concesionario obtuvo a su vez un beneficio bruto del 7'17%. Si la adquisición del vehículo hubiese estado afectada por un sobreprecio del 14'38%, según se sugiere de contrario, eso significaría que el precio final de venta en un contexto sin infracción hubiese sido, aproximadamente, 700 euros inferior respecto del precio que satisfizo Toyota a su sociedad matriz y productora del vehículo. Por último, el análisis de los precios de Toyota en otros países europeos resultaría igualmente incompatible con un sobrecoste en el mercado español del 14'38%. Puesto que el precio pretendidamente cartelizado del vehículo adquirido por la actora se encuentra, por el contrario, suficientemente alineado con el medio de los países de la zona euro, siendo ligeramente más bajo. A su vez, el precio contrafactual del informe ACG Consultores no estaría alineado con el del resto de los países de la zona euro, siendo ostensiblemente el más bajo de todos.

131.- Todo eso conduce a la conclusión de que *"la cuantificación del sobrecoste que se propone en (el informe ACG Consultores) no debe ser tenido en cuenta"* (p. 8). Pero el informe Compas Lexecon no desarrolla un modelo econométrico -o de otra clase- de cuantificación del sobrecoste, ni tan siquiera para justificar su ausencia.

132.- Mediante providencia de 3 de junio de 2022 y durante la celebración del acto de audiencia previa de 9 de junio de 2022, con participación de un representante de ACG Consultores, advertí de la insuficiencia de su informe pericial.

133.- Como señalé entonces, el estándar de prueba exigible en estos casos no se contenta con una aproximación estadística infundada, que desprecia la interpretación razonable de lo resuelto por la autoridad de competencia, abunda en una pretendida formulación matemática que en realidad no es tal y alcanza sus resultados con la incorporación de asunciones cualitativas extrañas a la *lex artis*.

134.- En efecto, sin justificación causal de ninguna clase, ese informe pericial considera que dos conductas de intercambio de información que no tenían nada que ver con la formación de precios en el mercado de compraventa de automóviles, pudieron afectar la adquisición del vehículo al que se refiere la demanda. Y, después, tampoco considera la concreta tipología y circunstancias conocidas de la única conducta infractora que pudo provocar un incremento artificial del precio satisfecho por la actora.

135.- A continuación, el informe pericial en ningún caso justifica por qué no es posible el desarrollo de un método de cuantificación del daño ortodoxo. Tanto durante la celebración del acto de audiencia previa



como de la vista principal, el representante de este equipo pericial manifestó que, para la formulación de un estudio de estas características, no es posible tomar en consideración los precios de Toyota correspondientes a ejercicios económicos posteriores al cese de la conducta infractora, otros datos públicos o los que pudieran obtenerse de un mercado conexo y no afectado por esa conducta (min. 53 de la vista principal, aproximadamente). Afirmaciones de esta clase son técnicamente inaceptables y, por su carácter elemental, devalúan completamente la cualificación profesional del equipo pericial que suscribe ese informe en los términos del artículo 335.1 LEC, *a sensu contrario*.

136.- Del mismo modo, el informe incurre en otras insuficiencias adicionales, como la determinación de las cantidades que fueron abonadas por la actora para la adquisición del vehículo y discriminación por conceptos (admitidas en el min. 59 de la vista principal, aproximadamente).

137.- Aunque eso no resultase suficientemente explicitado en el informe pericial, el representante de ese equipo técnico afirmó igualmente durante la celebración de la vista haberse basado en la literatura científica para el hallazgo de los porcentajes inicial y final de sobreprecio en los que basa su propuesta. Pero eso, sin mayor explicación, solo descubre la asignación voluntarista de esos porcentajes, sin que nada aporte a la solvencia de ese ejercicio el extremo de que se recurra, posteriormente, a un cálculo de interpolación lineal para tratar de justificar una distribución temporalmente individualizada de los sobreprecios aplicados por los distintos infractores (tal y como se censura en la p. 5 del informe Compass Lexecon). Sencillamente, porque eso puede servir como herramienta matemática para el desarrollo de un método de cuantificación sencillo, pero no ampara la distorsión contrafactual que pretende el equipo pericial de la parte actora. Ese es el sentido con el que hay que interpretar el párrafo 67 de la Guía práctica, cuando señala que:

"Otra técnica sencilla para inferir un valor de comparación de una serie de datos obtenidos es la interpolación lineal. Cuando una comparación diacrónica ha dado series de precios de antes y después de la infracción, el precio «sin infracción» o «de contraste» durante el periodo de infracción puede estimarse trazando una línea entre el precio anterior a la infracción y el precio posterior a la infracción, como muestra la gráfica que figura a continuación. A partir de esta línea, puede leerse un valor de comparación de cada uno de los puntos relevantes en el tiempo durante el periodo de infracción. Comparada con el cálculo de un valor único medio del precio durante la totalidad del periodo de infracción, la interpolación permite, por tanto, tener en cuenta en cierta medida las tendencias en la evolución de los precios a lo largo del tiempo que no son debidas a la infracción. La lectura de los datos de comparación a partir de la línea interpolada dará, por tanto, resultados más exactos que si se utiliza un valor medio para el periodo, por ejemplo, en asuntos en los que se reclaman daños y perjuicios resultantes de operaciones (u otros acontecimientos) que solo se produjeron hacia el comienzo o el final del periodo de infracción".

138.- En definitiva, este informe pericial (i) interpreta mal lo resuelto por la autoridad de competencia, (ii) prescinde de la elaboración de un método de cuantificación aceptable sin justificación alguna, (iii) está basado en asunciones cualitativas inasumibles y (iv) recurre a la selección de porcentajes de sobreprecio expresados estadísticamente en un reenvío superficial y no argumentado a los materiales de esta clase.

139.- Como tuve oportunidad de señalar mediante SJM núm. 3 de Valencia, de 20 de febrero de 2019:

"El informe (...) no es útil para formar convicción suficiente sobre el alcance de los daños sufridos por el actor a resultas de la conducta cartelizada de la demandada. La recreación de un escenario hipotético pero que, de forma razonable, dibuje la anatomía de un mercado sin infracción y de modo que, de ese escenario y en su comparación con el escenario infractor que es el conocido a través del precio satisfecho por la adquisición del camión, pueda estimarse el daño que el actor sufrió por la conducta cartelizada de la demandada, no se contenta con la extrapolación del sobrecoste medio observado por estudios científicos sobre el impacto habitual de los cárteles en nuestro entorno. Ese no es un esfuerzo que, más allá de la consideración del precio de venta del camión en cuestión, que parte de la factura que custodia el actor, tome en consideración datos contrastables y no erróneos relacionados con las circunstancias del caso. Los textos científicos son una herramienta útil en la estimación de daños, pero no en la recreación de un escenario contrafactual, que es la manera de observar el daño sufrido por el actor en los métodos de cuantificación óptimos para la Guía práctica. (...) sobre el valor que puedan desplegar por sí solas las conclusiones de esa clase de estudios, la Guía práctica señala que: "(145) Estas conclusiones de los efectos de los cárteles no sustituyen a la cuantificación del perjuicio específico sufrido por los demandantes en un asunto concreto. Sin embargo, los tribunales nacionales, basándose en este conocimiento empírico, han declarado que es probable que, por regla general, los cárteles den lugar a costes excesivos y que cuánto más duradero y sostenible ha sido un cártel, más difícil le resultaría a un demandado alegar que no había habido un impacto negativo sobre los precios en un caso concreto. Tales inferencias, no obstante, competen a las normas jurídicas aplicables".



140.- Cuestión distinta es que, de nuevo en mi opinión, el recurso a materiales de esta clase si esté justificado para que el juez desarrolle una estimación alternativa y mínima del daño compensable, de forma parecida a como procura la legislación en materia de propiedad industrial. Todo porque, si el juez debe hacer uso de esa facultad, es porque los intentos de cuantificación de las partes son insuficientes. El problema que plantea la estimación judicial del daño es la indisponibilidad de pruebas aceptables y de medios orgánicos alternativos de los que el juez pueda valerse -v. gr. que el juez disponga de su propio equipo pericial-. Si el juez tiene que estimar los daños es porque no existe prueba útil dentro del proceso que permita su cuantificación, siquiera parcialmente, de manera que el juez se ve forzado a situarse fuera de él, con arreglo a un complejo de materiales que pueden incluir estudios estadísticos o precedentes judiciales (en contra, sobre lo dudoso del recurso a "*criterios externos*", de nuevo Hitchings, P., "Daños antitrust: ¿cómo conseguir una mayor coherencia y eficacia en la resolución de las reclamaciones en masa? (...), op. cit., p. 122). No se trata de que el juez use los mismos materiales que previamente ha sometido a un juicio de desvalor, sino de que lo haga con una finalidad y significado distintos, pues la instancia no puede quedar imprejuizada (arts. 24.1 y 120.3 CE y 218 LEC). Y la presunción de daño no refutada debe estar conectada con un saldo indemnizatorio mínimo y conciliable con el conocimiento empírico, salvo cuando el recurso subsidiario a las facultades estimativas del juez sea improcedente.

141.- Esta visión personal sobre la utilidad residual de los estudios estadísticos y que fue replicada por otros jueces de este partido judicial, también resultó corregida por la Audiencia Provincial de Valencia (desde el pronunciamiento de la SAP Valencia, 9ª, núm. 1679/2019, de 16 de diciembre de 2019, ponente Purificación Martorell Zulueta y en toda su doctrina posterior, pues mi sentencia de 20 de febrero de 2019 ya había resultado revocada previamente por la SAP Valencia, 9ª, núm. 1614/2019, de 5 de diciembre de 2019, ponente Purificación Martorell Zulueta, pero por un motivo distinto y relativo a la legitimación pasiva de la filial no destinataria de la decisión sancionadora). El Tribunal de apelación se mostró favorable a escrutar el proceso en búsqueda de una motivación residual para el ejercicio de esa estimación alternativa del daño, sin recurso a ningún material externo y en una visión claramente influenciada por la formulación más convencional del brocardo *quod no est in actis non est in mundo*, advirtiendo entonces que no se trataba "*de sustituir la pericia por la discrecionalidad, con el riesgo que ello entraña de banalización del proceso y de supresión del principio de carga de la prueba del daño que incumbe al perjudicado*".

142.- Lo que desde luego parece comúnmente aceptado es que no puede pretenderse que un juez contemple el proceso y su solución con los ojos de un economista (sobre el abordaje jurídico de los problemas económicos que plantean las acciones de daños, esta es la conclusión de Caro de Sousa, P., "EU and national approaches to passing on and causation in competition damages cases: a doctrine in search of balance", *Common Market Law Review* 55, 2018, p. 3). Por eso el empleo de materiales estadísticos me parece una medida inevitable para esa solución de último recurso que es la estimación judicial del daño. Pero no para sostener un ejercicio de cuantificación de las partes en el proceso.

143.- Lo cierto es que sí existe una fracción de la doctrina que parece aceptar que el perjudicado por una infracción anticompetitiva pueda basar su intento de cuantificación en meras aproximaciones de carácter estadístico (eso puede intuirse en Clark, E., et. al., "Navigating the quantum minefield in cartel damages cases", *Journal European Competitive Law*, 2015, Vol. 6, n. 3, pp. 158-159). Eso no me parece un motivo bastante para abandonar el criterio que expresé con ocasión de la SJM núm. 3 de Valencia, de 20 de febrero de 2019 y según he reproducido. Pero, en fin, precisamente porque aquí quiero sentar las bases de una jurisprudencia evolutiva, ¿en qué condiciones podría aceptar la variación de ese criterio? Solo para grupos de casos excepcionales, podría ser aceptable prescindir de la elaboración de un estudio econométrico, por innecesario, oneroso y de conformidad con los principios de efectividad y equivalencia a los que alude el artículo 4 Directiva de daños. Se trataría de la opción por un simple juicio comparativo que, eso sí, exigiría el contraste intenso de características cualitativas y cuantitativas que explicasen el significado económico de la conducta infractora en cada caso, para justificar la opción analógica con una concreta categoría estadística (daño) ya conocida. En esos casos excepcionales y justificada de esa manera, esa propuesta de cuantificación podría resultar conforme con la nota de subsidiariedad en la práctica de medios de prueba implícita en el requisito de utilidad al que se refiere el artículo 283.2 LEC.

144.- Porque, incluso en esos casos, a diferencia de cuando únicamente se trata de emplear materiales estadísticos para justificar la opción por un daño mínimo, ese intento debería al menos resultar justificado por (i) la imposibilidad de desarrollo de un método alternativo y ortodoxo (ii) o su carácter desproporcionado según las características del caso y (ii) la razonabilidad del juicio comparativo que efectivamente se emplease para explicar la selección de un concreto umbral estadístico de daño.

145.- Esto último exigiría, a su vez, (i) la correcta identificación de la tipología de la infracción, (ii) la plausibilidad de que haya causado daño, (iii) la consideración desagregada de todos los factores que expliquen su intensidad



y (iv) un fundamento de la analogía con aquellas otras infracciones de resultado lesivo conocido que deban ser tomadas como referente para conducir la valoración del daño.

146.- Por ejemplo, si resultan conocidos los efectos lesivos en el mercado de los carteles de las clases a, b y c, en un contexto objetivo, subjetivo, geográfico y temporal determinados, puede ser razonable tomar ese antecedente como referencia para calcular el daño compensable causado por una conducta de cartel a1, b1 o c1, donde no resulte sensato exigir la elaboración de un complejo estudio econométrico. Todo si el contexto objetivo, subjetivo, geográfico y temporal de cada uno de esos cárteles respecto de los habituales de su clase son aproximados y suficientes, pues solo por eso pertenecerían a los de esa clase.

147.- Pero ACG Consultores no hace nada de eso: no se ha justificado la elección comparativa de cárteles de resultado lesivo conocido (en el umbral del 10-15% de sobreprecio) por sus características próximas a las que resultan acreditadas en la resolución infractora.

148.- Mediante providencia de 3 de junio de 2022 y durante la celebración del acto de audiencia previa de 9 de junio de 2022, con participación de un representante de Compass Lexecon, advertí de la insuficiencia de su informe pericial.

149.- Como es sabido, nuestro estándar de valoración probatoria rechaza que un cartelista limite su actividad a la censura técnica del informe de experto presentado por la parte actora (de nuevo en la STS Azúcar II, FJ 7º: *"no es suficiente que el informe pericial aportado por el responsable del daño se limite a cuestionar la exactitud y precisión de la cuantificación realizada por el informe pericial practicado a instancias del perjudicado sino que es necesario que justifique una cuantificación alternativa mejor fundada"*).

150.- El informe Compass Lexecon es poco más que eso. Ciertamente, este equipo pericial y la dirección letrada de la parte demandada han sido conscientes de esta insuficiencia durante toda la tramitación del proceso. Esa es una actitud transparente y leal, por dos razones. En primer lugar, porque se ha justificado razonablemente la indisponibilidad de datos y del tiempo necesario para la elaboración de un dictamen pericial completo, mediante el desarrollo de un estudio econométrico ortodoxo. En realidad, esa afirmación es coherente con el ritmo de tramitación habitual para este juzgado y en los compases de esta nueva clase de litigación: desde la admisión de la demanda hasta la celebración de la audiencia previa transcurrieron poco más de dos meses. Aunque durante la celebración de la vista principal el representante designado por Compass Lexecon reconoció haber prestado asesoramiento profesional a Toyota durante la fase de aplicación pública ante la CNMC, Audiencia Nacional y Tribunal Supremo (lo que resulta igualmente de las resoluciones judiciales confirmatorias de la resolución sancionadora), tengo por suficiente sus explicaciones a propósito de la indisponibilidad de los datos adecuados para la elaboración de un informe pericial de cuantificación del daño causado por la infracción, por el diferente enfoque de su desempeño profesional en uno y otro caso. En segundo lugar, porque Toyota ha tratado de probar más y mejor en este proceso de la misma forma transparente y leal. Eso será relevante para la solución de la instancia, pero su dictamen pericial sigue siendo insuficiente.

151.- Con todo, este informe pericial todavía es útil en un doble sentido. Por un lado, para recrear desde el caso concreto el proceso de formación de precios del mercado afectado por la conducta cartelizada, aislando el factor potencialmente distorsionado por esa conducta: el margen de beneficio bruto obtenido por Toyota en la venta al concesionario oficial del vehículo finalmente adquirido por la actora, pues nada indica que la conducta sancionada afectase a la determinación del precio bruto por parte de su sociedad matriz. Por otro lado, para justificar de manera consistente que, aunque no se ofrezca una cuantificación alternativa del daño eventualmente sufrido por la parte actora, ni se justifique que fue inexistente, parece altamente improbable que se ubicase en el umbral de sobreprecio que se reclama en la demanda.

152.- La actividad probatoria de la parte demandada no permite refutar la presunción de daño que resulta de la naturaleza, tipología y características de su conducta infractora. La actividad probatoria de la parte actora es insuficiente para cuantificar ese daño. ¿Debo practicar, en este caso, según las circunstancias de este caso, un ejercicio alternativo de estimación judicial del daño sufrido por la actora?

Octavo. Dificultad, asimetría, igualdad y estimación judicial del daño: una regla de responsabilidad civil antitrust con eficacia procesal.

153.- En mi opinión, puedo responder a esa última pregunta formulando otra alternativa: ¿cómo hacer compatible la efectividad del derecho al pleno resarcimiento del perjudicado por una práctica anticompetitiva con el de defensa que asiste al infractor? Y debo hacerlo retomando y ampliando los argumentos que ya he ofrecido en el fundamento tercero de esta resolución. Del derecho aplicable hasta el resultado de la prueba practicada en el caso y sus circunstancias.

154.- Porque una y otra pregunta parecen encontrar una inflexión común y que obliga a reconocer que, incluso los mejores intentos de los jueces en su búsqueda constante por una regla que explique cómo se conjugan los



distintos elementos de la responsabilidad civil antitrust, se agotan cuando una o las dos partes intervinientes en un proceso de daños, en realidad, únicamente persiguen una solución formal y estandarizada de este. Si lo hacen así, será porque en ese tipo de respuestas encuentran más incentivos que los que arriesgarían admitiendo un modelo de litigación diferente.

155.- Los jueces españoles no somos distintos del resto de los europeos. Ninguno de nosotros, por sí solo, puede realizar auténticos juicios estimativos con fundamentación y precisión económica suficiente (vid. Rachilinski, J. J., et. Al., "Can judges make reliable numeric judgements? Distorted damages and skewed sentences", Indiana Law Journal, Vol. 90, Issue 2, 2015, pp. 685-739). Por eso, de manera confesada o no, acostumbramos a optar por soluciones inspiradas en criterios de equidad o de sanción. La sentencia Azúcar II advirtió de lo inoportuno de optar por soluciones de la primera clase ("salomónicas"). Y, en relación con las soluciones de la segunda especie, la Directiva de daños proscribía la imposición de daños punitivos que alteren la naturaleza compensatoria del régimen de responsabilidad que parcialmente positiviza.

156.- Entre las clases de motivación judicial, abundan las "intimistas" (vid. Díez-Picazo, L. M., "La justicia y el sistema de fuentes del Derecho", Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM, núm. 1, 1997, p. 207). Es la que emplea el juez para justificarse, significando sus condiciones personales. Es censurable, por arriesgada. Con todo, diré que mi contribución personal a la praxis de la jurisdicción española se resume en algunos desarrollos que han gozado de una fugaz notoriedad y, también y de forma no precisamente menor, en las decisiones que han resultado habitual y plenamente refutadas por la doctrina posterior de la Audiencia Provincial de Valencia o que, de momento respecto de otros aspectos menores, por la Sala Primera del Tribunal Supremo o el Tribunal de Justicia. La recensión de jurisprudencia que incorpora esta resolución da muestra de ello. Pero nunca he dejado de perseguir la formulación de una regla de responsabilidad civil que fuera coherente, completa y que tratase de dar respuesta equilibrada a las necesidades de este Derecho: que tuviese eficacia procesal.

157.- Y ese estado jurisprudencial que he analizado largamente en los fundamentos anteriores de esta resolución me obliga, por su carácter incompleto, a mantener esa actitud de búsqueda, aprovechando la novedad que la solución de este caso ofrece.

158.- En las inflexiones que he advertido en el párrafo 40 anterior, considero que el presupuesto para la estimación judicial del daño, como solución alternativa y residual para un proceso de esta clase, no concurre en los casos donde el responsable de la insuficiencia probatoria es el presuntamente perjudicado por la infracción anticompetitiva de que se trate. Porque el presupuesto para la estimación judicial del daño no es la ausencia de refutación de la presunción de daño por el cartelista, sino la existencia de dificultades probatorias insalvables y que, en la propia dicción de la Directiva de daños, encuentran su principal manifestación en la asimetría informativa existente entre las partes. Como señalé en este proceso mediante auto de 11 de mayo de 2022:

"26.- No me parece razonable una aplicación de las normas anteriores y que conduzca a una suerte de devaluación de un proceso como el presente. La jurisprudencia del TJUE durante las dos últimas décadas, centrada en la efectividad del derecho al pleno resarcimiento del perjudicado por una práctica anticompetitiva, ha intervenido como fermento para un desarrollo legislativo favorable al ejercicio de acciones de daños. Creo que los juzgados mercantiles españoles han hecho una contribución reciente y decisiva en ese sentido. (...) Pero, (...) la colaboración probatoria del demandado debe actualizar las asunciones anteriores y condicionar el resultado del proceso (...). 27.- Por eso la privatización del Derecho de la Competencia, juzgada a través de sus resultados, parece tener más que ver con la plutocracia que con la democracia: incluso las acciones follow on no son para todos. Porque no son sencillas, no son rápidas y no son baratas. Por eso el remedio del individuo perjudicado por una infracción anticompetitiva frente a las dificultades y costes del proceso debería ser la colectivización, formal o material, pero no la litigación menor, rudimentaria o aislada. (...) 29.- Por razones de economía procesal, debe rehuirse cualquier decisión que obstaculice o dificulte el desarrollo del proceso, del mismo modo que la fijación de un umbral de exigencia probatoria debe ser compatible con los hechos del caso, sus características, el importe reclamado como compensación y la propia condición y posibilidades del perjudicado por la infracción de que se trate. 30.- Pero los razonamientos de esta clase no pueden justificar la opción por un modelo de litigación inadecuado. Y esta es una advertencia para la parte actora".

159.- En fecha de 22 de septiembre de 2022 han sido publicadas las conclusiones de la abogada general Kokott en el asunto C-312/21, que se corresponde con la petición de decisión prejudicial que resolví plantear y a la que ya he aludido en el párrafo 43 anterior. La abogada general Kokott considera que una medida de acceso a fuentes de prueba del tipo de la que ha sido implementada en este proceso no es un motivo suficiente para, "de forma general" (párrafo 90), diluir por completo las dificultades probatorias y situación de asimetría existente entre las partes, de manera que, incluso en esos escenarios y en su opinión, subsiste la obligación del juez de estimar el importe de los daños y perjuicios con arreglo al artículo 17.1 de la Directiva de daños. Esta aproximación a la cuestión había sido anticipada por una parte de nuestra doctrina (Marcos, F., "No hay



quinta mala: la cuestión prejudicial C-312/21 del juzgado mercantil 3 de Valencia sobre los daños causados por el cartel de camiones", I-III, Almacén de Derecho, 2 de julio de 2021).

160.- En mi opinión, que es dudosa, pues de otro modo no hubiera formulado aquella pregunta y que quiero expresar de manera muy prudente, en la medida en que debo permanecer atento a la resolución final de la cuestión y no puedo prejuzgar el desenlace del proceso para el que fue formulada, esa respuesta de la abogada general, planteada "*de forma general*" y por la limitación de ese necesario carácter, no puede considerar de forma concreta las interferencias que, en cada situación concreta, se provoque, entre otras cosas, con el derecho de defensa que asiste al demandado en un proceso concreto. Y, a su vez, en ningún caso puede ser esgrimida como argumento que justifique, de forma igualmente concreta, la falta de cooperación de una de las partes en el proceso concreto para el desarrollo de una medida de acceso a fuentes de prueba que, de forma igualmente concreta, ha perseguido eliminar los obstáculos existentes para la cuantificación de los daños y perjuicios susceptibles de compensación. La incertidumbre que exigía el planteamiento de la cuestión redundará en el hallazgo de un criterio jurisprudencial superior y de vocación general. La aplicación de ese criterio deberá realizarse, sin embargo, según las circunstancias concretas de cada caso concreto.

161.- Si la situación de dificultad probatoria y asimetría informativa tras una infracción de cartel y para el caso de una acción consecutiva fuese, per se, irremediable, entonces no sería necesario sustanciar un proceso de daños y que las partes practicasen prueba. Bastaría con que el juez tomase una decisión tras el estudio de la decisión sancionadora o recurriendo a un baremo. Por eso la Directiva de daños emplea el término "*facultad*" y recurre al valor condicional de la conjunción "*si*" en la redacción de su artículo 17.1. Y eso se replica de forma bastante en el artículo 78.2 LDC. La diferencia de este caso con el resuelto mediante SJM núm. 3 de Valencia de 20 de febrero de 2019, es que el demandado ha abandonado una estrategia negacionista y se ha intentado remediar la situación de insuficiencia probatoria de los dictámenes periciales de cuantificación presentados por las partes para probar más y mejor, proponiéndose hacerlo cuando era oportuno. La diferencia de este caso con el resuelto mediante SJM núm. 3 de Valencia de 10 de diciembre de 2019, por si lo previsto allí fuera insuficiente, es que aquí se han introducido mecanismos adicionales para garantizar la transparencia y autenticidad de los datos a obtener bajo el control directo de los peritos designados por la parte actora. ¿Qué más se puede hacer?

162.- El problema ahora no es que los dictámenes de una y otra parte sean insuficientes. Sino que la labor de postulación y prueba de la parte demandada se ha visto condicionada, primero, por circunstancias más apremiantes que las de la actora, según las reglas de preclusión de alegación y prueba del proceso civil, en las que no descenderé, por innecesario. Después, que, de manera absolutamente transparente y reiterada, el juez ha advertido de la insuficiencia de los medios de prueba presentados por una y otra parte, del mismo modo que ha procurado que la fase intermedia del proceso se convirtiera en un auténtico espacio de trabajo que remediara esa situación. A continuación, que, de manera dialogada con las partes, sus asistentes legales y expertos económicos, se ha resuelto un itinerario de prueba ampliado y colaborativo que remediase esa situación de insuficiencia. Y que todo eso se ha visto frustrado por la intervención torticera de la parte actora. La parte demandada no ha podido probar más y mejor porque la parte actora lo ha impedido. Y el juez carece de auténticos informes de experto que poder valorar como tales porque la parte actora lo ha impedido.

163.- En efecto, llegado el momento en que ese itinerario de prueba ampliado debía resultar consumado, una vez consolidados sus hitos principales de desarrollo y habiéndose adoptado medidas extraordinarias para velar por la transparencia del proceso, la parte actora ha frustrado su ejecución. Solo así puede interpretarse lo que sucedió el día previsto para el inicio de la sala de datos y la conducta posterior de las partes y sus peritos. Todo considerando únicamente los argumentos evasivos de la parte actora, vertidos en su escrito de 8 de septiembre de 2022, donde recurrió a una amalgama de razones inaceptables para solicitar que se tuviera por finalizada la medida judicialmente acordada antes siquiera de haberse puesto en práctica. Por si esta conclusión resultara poco evidente en la interpretación de las alegaciones escritas de la parte actora, su perito se encargó durante la celebración de la vista de ofrecer una explicación contradictoria sobre el suceso, para manifestar que no pudo concurrir a la celebración de la sala de datos por una incapacidad temporal (aproximadamente, min. 35 vista principal).

164.- Antes de eso, el propio perito expresó que las insuficiencias de su informe pericial se correspondían con la escasa disponibilidad de datos. Y reconoció que, para la elaboración de un informe pericial más ortodoxo e intenso, sería necesario el acceso a datos comerciales que únicamente custodia Toyota (aproximadamente, minuto 34 de la vista principal). Pues bien, entre otros extremos, esa era precisamente la finalidad de la medida de acceso acordada.

165.- Eso me autoriza a sostener que la parte actora (i) ha desarrollado una estrategia y construido un relato que únicamente perseguían provocar que este proceso quedase abocado a un escenario de insuficiencia probatoria, (ii) basando su demanda en un informe pericial que no es tal, (iii) impostando después un espíritu



colaborativo que remediase esa insuficiencia para (iv) tratar de entorpecer el desarrollo de una actividad probatoria plena y donde (v) el juez se viera forzado a la estimación judicial del daño, (vi) con acatamiento de la doctrina jurisprudencial de la Audiencia Provincial de Valencia. Nunca fue un sobreprecio del 14'38%. Siempre se confió en el saldo que ofreciese la estimación judicial *sobre el cielo de la suerte*.

166.- La respuesta adecuada a un fenómeno de litigación en masa y resuelto en conductas especulativas de grupos de reclamantes no cualificados -también frente al empleo por los demandados de técnicas dilatorias y obstruccionistas o de estrategias negacionistas-, no son las respuestas judiciales estandarizadas, automáticas e irreflexivas. Por el contrario, aunque los jueces tenemos que asumir nuestras propias limitaciones, debemos también ofrecer alternativas y estímulos para una clase de litigación distinta.

167.- Entre esos estímulos, debe optarse por una fundamentación de los presupuestos de aplicación de la facultad de estimación judicial de daños que no haga del juez mercantil español uno penosamente sometido a una tarea forzada y maquinal.

168.- La estimación judicial del daño como resultado alternativo de un proceso de esta clase no es una condena del juez mercantil español. Porque siempre será un recurso que solo existe para garantizar la efectividad del derecho a obtener un resarcimiento por parte del perjudicado por una infracción anticompetitiva. La estimación judicial del daño no es otra cosa. Y eso exigirá siempre examinar, primero, si existe o no existe ese derecho, es decir, si el actor en cuestión es titular o no de un interés susceptible de protección jurídica en el caso concreto de que se trate. Administrar justicia, *ius dicere*, no es el ejercicio abstracto de un poder: consiste en determinar *qué dice* el Derecho a un caso concreto (vid. Díez Picazo, L. M., "La potestad jurisdiccional: características constitucionales", Parlamento y Constitución-Anuario, núm. 2, 1998, p. 70).

169.- Inicial e indiciariamente, tras la infracción de cartel en que incurrió la demandada, era posible afirmar que a la parte actora de este proceso le asistía el derecho a ser resarcida, de alguna manera, de los perjuicios que pudo haber sufrido a resultas de la infracción.

170.- Pero la forma en que los derechos se invocan o cómo se interviene en el proceso puede perjudicar esa expectativa. Y ese es nuestro trabajo como jueces: decidir si eso debe suceder o no.

171.- En las circunstancias de este caso, yo considero que la parte actora (i) ni tiene derecho a obtener una indemnización de ningún género, (ii) ni, desde luego, tiene derecho a que yo base esa decisión en criterios que introduzcan algún tipo de fisura en la oportunidad de resarcimiento de otros perjudicados por la misma infracción anticompetitiva. Y creo que eso es exactamente lo que pasaría si, en lugar de fundar mi decisión desestimatoria en la ausencia de dificultades de prueba relevantes para la cuantificación judicial del perjuicio sufrido por la parte actora, aunque la presunción de daño no ha sido refutada, la basase en el incumplimiento de sus cargas probatorias de cuantificación o mera insuficiencia de su dictamen pericial. Aunque también podría hacerlo. Pero ¿cómo resolvería entonces el resto de casos donde la prueba de los actores fuese insuficiente y, sin embargo, hubiesen tratado de probar más y mejor sin conseguirlo?

172.- No se deben introducir incertidumbres en una regla jurisprudencial compatible con la efectividad del derecho al pleno resarcimiento del perjudicado por una infracción anticompetitiva, si eso se hace por el solo extremo de que haya grupos de reclamantes dispuestos a parasitarla. Por el contrario, esa regla jurisprudencial debe actualizarse, completarse o mejorarse para establecer algún tipo de garantía adicional y respetuosa con su formulación anterior y que, en realidad, sirva fundamentalmente para protegerla y maximizar su utilidad.

173.- ¿Cuál sería la alternativa? La estimación judicial del daño se producirá allí donde ninguno de los elementos de prueba hallados en el proceso sea suficiente para lograr la convicción directa del juez. Por eso debe estimar el daño, porque la presunción subiste y ningún medio de prueba es suficiente. Lo que no parece sensato es que, para explicar cuándo debe realizarse una estimación judicial del daño y cuándo no, se establezcan *categorías de insuficiencia probatoria*. O la prueba convence al juez o no. ¿Cómo evaluar una prueba insuficiente? ¿Con arreglo a qué escala cuantitativa y cualitativa?

174.- Por ejemplo: en los casos A y B se aprecia que la presunción del daño es aplicable y no ha sido refutada por los demandados. En los casos A y B se aprecia que la prueba de cuantificación practicada por los actores es insuficiente. Después, en el caso A se aprecia que la prueba practicada por el actor, siendo insuficiente, es menos insuficiente que la practicada en el caso B, concediéndose la estimación judicial y alternativa de los daños causados en el caso A y no en el B. ¿Este esquema responde de manera razonable a una interpretación concordante del significado de la presunción de daño, las reglas de carga de prueba y la fundamentación de la facultad de estimación judicial? En mi opinión, no. Y sería tan insatisfactorio como un esquema de litigación donde, pase lo que pase, se pruebe lo que se pruebe, el resultado del proceso sea siempre el mismo. Nada de todo lo anterior debe ser aceptado como un criterio jurisprudencial agotado, seguro e irrefutable. La novación



que la doctrina jurisprudencial valenciana necesita no tiene que ver con la introducción de esas categorías de insuficiencia probatoria. Debe rechazarse ese vértigo.

175.- Solo existen dos alternativas intelectualmente tolerables para lograr esa modernización, pero solo una de ellas me parece aceptable. La primera alternativa es asumir que la presunción de daño tras cartel no tiene un significado económico concreto, de manera que el actor está obligado a cuantificarlo siempre y, si su prueba es inadecuada, incluso donde la presunción no haya sido refutada por el demandado, la demanda debe ser desestimada. Esta solución obvia las aportaciones de la literatura científica sobre el resultado conocido de los cárteles y los nuevos desarrollos legislativos de este Derecho en el artículo 17 de la Directiva de daños. Y por eso es errónea. La segunda alternativa es asumir que la presunción de daño sí tiene un significado económico concreto, pero que el resultado del proceso no tiene que prejuzgarse para su desenlace forzoso con empleo de la facultad estimativa del juez, incluso aunque la presunción de daño no haya sido refutada por el demandado. Y, para que esta alternativa sea una con verdadero sentido, es necesario (i) establecer un umbral de exigencia probatoria que admita como válido, alguna vez, un informe pericial de cuantificación presentado por un perjudicado y (ii) condicionar el ejercicio de la facultad estimativa del juez a la subsistencia de una situación de dificultad probatoria y asimetría informativa, asumiendo que eso tampoco puede suceder en todos los casos de manera imperturbable. Esto último tendrá que ver, imperativamente, con la adopción de medidas de gestión procesal que persigan que se pueda probar más y mejor. Es el artículo 283 bis LEC y sus adaptaciones. El problema fundamental es que, durante sus aproximadamente cinco años de vigencia, esta institución procesal todavía no ha dado ningún resultado. Entre otras cosas, porque su funcionalidad ha sido limitada por los propios jueces españoles.

176.- Y es posible que una medida de acceso a fuentes de prueba como la que se acordó en este proceso durante la celebración del acto de audiencia previa no deba ser entendida como un remedio bastante, en términos generales, para las dificultades probatorias y situación de asimetría informativa existente entre el cartelista y el perjudicado por una infracción de esa clase. Cuando he sostenido lo contrario, pude haberme equivocado.

177.- Pero, al menos, sí debería ser considerada como una medida idónea, en términos concretos, para descubrir y desactivar estrategias que no logran esconder la ausencia de un interés susceptible de protección jurídica en quienes litigan con frivolidad, sin compromiso de la presunción de daño, de las facultades de estimación judicial y de la posibilidad de aceptar propuestas de cuantificación de otros perjudicados en procesos futuros o sin condicionar que pueda concederse a estos una estimación judicial alternativa, si son merecedores de ella y aunque sus pruebas sean insuficientes. También, para estimular el adecuado ejercicio del derecho de defensa por los demandados, si abandonan una estrategia obstruccionista y negacionista para tratar de lograr la convicción del juez mediante una actividad probatoria plena. Y así, a veces, las demandas se estimarán plenamente como resultado de la valoración probatoria. A veces, las demandas se estimarán parcialmente como resultado de la valoración probatoria. A veces, las demandas se estimarán alternativamente como resultado de la estimación judicial. A veces, las demandas se desestimarán porque la valoración probatoria así lo impone y porque no procede conceder esa estimación alternativa. Todo incluso para el caso de acciones consecutivas que partan de la misma infracción, porque esa consecuencia es inevitable para un modelo fragmentado de litigación individual. Esa era la clave que explicaba la relación existente entre las sentencias de 20 de febrero, 10 de diciembre y 30 de diciembre de 2019 de este juzgado. Y, de manera respetuosa, señalaré que esa visión era perfectible, pero coherente y con aspiración de integridad: una regla de responsabilidad civil antitrust con eficacia procesal, que todavía espera a una mejor fundamentación empírica y jurídica que enmiende sus errores.

178.- Y creo que, al menos, esta utilidad residual de la medida de acceso a fuentes de prueba acordada en este caso es compatible con la forma en que la Sala Primera del Tribunal Supremo ha reprimido comportamientos procesales que merecen ser calificados como de mala fe, siendo esta una categoría integrante del orden público procesal (STS, 1ª, núm. 559/16, de 6 de octubre de 2016, ponente Francisco Javier Orduña Moreno). Ese mismo reproche han merecido conductas calificadas como "*argucias procesales*" que descubren "*absurdos (que) carecen de amparo en el ordenamiento jurídico*" (STS, 1ª, núm. 425/13, de 1 de julio de 2013, Francisco Marín Castán). En otras ocasiones y por el mismo motivo, también se han sancionado actitudes obstruccionistas y de rebeldía en la práctica de medios de prueba (STS, 1ª, núm. 604/2000, de 20 de junio de 2000, ponente Alfonso Villagómez Rodil).

179.- Esa categoría procesal de mala fe guarda un paralelismo estrecho con la más general del abuso de derecho siendo que, para advertir una situación de este tipo y reprimirla como tal, basta con constatar una intencionalidad fraudulenta exteriorizada en un ramo indiciario objetivo y subjetivo suficiente, resuelta en un perjuicio injustificado a tercero (STS, 1ª, núm. 439/2002, de 14 de mayo de 2002, ponente Román García Varela). Y, si ese perjuicio es injustificado, es decir, insoportable, es porque resulta de una conducta



esencialmente inmoral y antisocial (STS, 1ª, núm. 474/2018, de 20 de julio de 2018, ponente Ignacio Sancho Gargallo).

180.- La manera en la que la parte actora ha preparado su demanda y se ha conducido en este proceso, ¿puede ser aceptada como un estándar de litigación válido?

181.- Para el caso de la litigación de relevancia comunitaria, esa doctrina jurisprudencial cohonesta con las exigencias éticas con las que las autoridades europeas aspiran a armonizar los ordenamientos procesales nacionales, sentando las bases de una litigación más moderna y que garantice la difusión y efectividad de los derechos de los consumidores. Eso puede verse en la última resolución del Parlamento Europeo, de 13 de septiembre de 2022, sobre recomendaciones a la Comisión para la regulación responsable de los fondos de litigación. Como se puso de manifiesto durante la celebración del acto de audiencia previa y de vista principal, la realidad que este proceso esconde no es la de la simple demanda de una consumidora perjudicada por una infracción anticompetitiva. La realidad del caso es algo más compleja. El perito designado por la parte actora confesó que ofrece servicios análogos a otros perjudicados por la misma infracción anticompetitiva a través de internet. Y, durante el trámite de conclusiones, la letrada que asistía a la parte actora pareció reclamar un juicio amable para las insuficiencias de su estrategia procesal, por el extremo de que esta demanda es una de las primeras que se han interpuesto en este partido judicial por esta infracción. Una afirmación tan ingenua descubre, en mi opinión, que este proceso es una suerte de ensayo general para una litigación masificada posterior.

182.- Pues bien, esas recomendaciones (en el apartado " *ethical issues*") invitan a la difusión de un código deontológico exigente, que enfatice la importancia de los deberes fiduciarios de diligencia y cuidado que el actor confía a los profesionales que le asisten y de manera que se evite su exposición innecesaria en el litigio por un solo conflicto de interés. Incluso se sugiere la oportunidad de que sean los financiadores quienes se hagan cargo de los costes derivados de una reclamación fracasada. En fin, esas recomendaciones deberían ser adaptadas y aplicadas a realidades forenses análogas, siendo escasa la presencia de fondos de litigación en nuestro país, pero no pudiendo obviarse la realidad económica que subyace tras un proceso como este.

183.- Por todo ello, procede la desestimación de la demanda.

Noveno. Costas procesales.

184.- La desestimación de la demanda determina la condena en costas de la parte actora, ex artículo 394 LEC.

185.- Una acción de daños tras una infracción de cartel da lugar a un proceso difícil, tanto desde una perspectiva jurídica como fáctica. Tal y como he tratado de explicar en los fundamentos de esta resolución, sobre la litigación de daños en España todavía planean dudas que distan de encontrarse resueltas y que aguardan a los desarrollos de la jurisprudencia nacional y comunitaria. Y he confesado que, para el desenlace de la instancia, he de apartarme parcialmente de los criterios establecidos por la Audiencia Provincial de Valencia.

186.- Pero, sencillamente, el resultado de la instancia no está tan condicionado por esas dudas habituales de hecho y de derecho, sino por la naturaleza especulativa de la interposición de la demanda.

187.- Lamento comprometer eventualmente la situación patrimonial de la actora por el desempeño inadecuado de los profesionales que la han asistido en este proceso. Considerada a título individual, a buen seguro la actora debe ser una persona sencilla, que compró un utilitario modesto y que, en alguna medida siquiera marginal, fue víctima de un cártel. Ignoro qué clase y condiciones de arrendamiento de servicios pudo trabar con los profesionales que le han asistido. Quizás se establecieron entre ellos algunas reglas para la distribución de gastos en caso de desestimación de la acción a ejercitar. O quizás no. Pero formular una demanda ante un juzgado mercantil es, todavía, algo perfectamente serio. Y la parte actora ha sido objetivamente vencida en esta instancia.

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

FALLO

Desestimo la demanda y condeno a la parte actora al pago de las costas procesales.

Frente a la presente cabe interponer recurso de apelación.

Notifíquese.

Acuerdo, mando y firma.