



Roj: **SAP M 14305/2021 - ECLI:ES:APM:2021:14305**

Id Cendoj: **28079370282021101378**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **10/12/2021**

Nº de Recurso: **736/2019**

Nº de Resolución: **487/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **GREGORIO PLAZA GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN 28

c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931988

37007740

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2018/0063729

**ROLLO DE APELACIÓN Nº 736/2019**

Procedimiento de origen: Juicio ordinario núm. 543/2018

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid.

Parte recurrente: D. Eduardo y D<sup>a</sup> Adoracion

Procuradora: D<sup>a</sup> Sandra Ballarín Roig

Letrado: D. Francisco Ramón Lara Payán

Parte recurrida: IVECO ESPAÑA, S.L.

Procuradora: D<sup>a</sup> Raquel María García Olmedo

Letrado: D. Íñigo Igartua Arregui

**SENTENCIA Nº 487/2021**

En Madrid, a diez de diciembre dos mil veintiuno.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados D. **Gregorio Plaza González**, D. Alberto Arribas Hernández y D. Alfonso Martínez Areso los presentes autos de juicio ordinario sustanciados con el núm. 543/2018 ante el Juzgado de lo Mercantil núm. Doce de Madrid, pendientes en esta instancia al haber apelado la parte demandante la Sentencia que dictó el Juzgado el día diecisiete de julio de dos mil diecinueve.

Han comparecido en esta alzada los demandantes, D<sup>a</sup> Adoracion y D. Eduardo, representados por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Sandra Ballarín Roig y asistidos del Letrado D. Francisco Ramón Lara Payán, así como la demandada IVECO ESPAÑA, S.L., representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Raquel María García Olmedo y asistida del Letrado D. Íñigo Igartua Arregui.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del siguiente tenor: "FALLO: "Desestimo la demanda planteada por Adoracion y Eduardo contra IVECO ESPAÑA S.L. Todo ello sin expresa imposición de costas."



**SEGUNDO.** Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante y, evacuado el traslado correspondiente, se presentó escrito de oposición, elevándose los autos a esta Audiencia Provincial, en donde fueron turnados a la presente Sección y, seguidos los trámites legales, se señaló para la correspondiente deliberación, votación y fallo el día dos de diciembre de dos mil veintiuno.

Ha intervenido como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. **Gregorio Plaza González.**

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** D<sup>a</sup> Adoracion y D. Eduardo interpusieron demanda de juicio ordinario contra IVECO ESPAÑA, S.L. por la que solicitaban:

I) En referencia a DOÑA Adoracion :

1. La nulidad del precio de compraventa pactado (27.088,00 euros + IVA) en la factura nº NUM000 de fecha 28 de mayo de 2007 por la compra del camión marca IVECO, modelo G5C18/P con número de matrícula ....-ZKW , debiendo declararse que el precio que debió haber abonado mi mandante ascendería a la cantidad de 18.950,42 euros, más el correspondiente IVA.
2. La condena al pago a mi mandante de la cuantía de 8.137,58 euros, correspondiente al importe pagado en exceso por la compra del vehículo-camión, incrementado del IVA correspondiente.
3. La condena a abonar a mi mandante la cantidad de 3.508,96 correspondiente a los intereses legales producidos por la cantidad cobrada por la demandada en exceso, desde la fecha de pago, hasta la interpelación judicial del presente procedimiento. Se adjunta como documento nº 14 cálculo de interés legal.
4. La condena al pago de los intereses procesales desde la interposición de la presente demanda hasta el completo pago de lo declarado en Sentencia.
5. Todo ello con expresa imposición de las costas.

II) En cuanto a D. Eduardo :

1. La nulidad del precio de compraventa pactado (46.157,00 euros + IVA) en la factura nº NUM001 de fecha 8 de marzo de 2007 por la compra del camión marca IVECO, modelo ML180E28K con número de matrícula ....-TBZ , debiendo declararse que el precio que debió haber abonado mi mandante ascendería a la cantidad de 34.749,09 euros, más el correspondiente IVA.
2. La condena al pago a mi mandante de la cuantía de 11.407,91 euros correspondiente al importe pagado en exceso por la compra del vehículo- camión, incrementado del IVA correspondiente.
3. La condena a abonar a mi mandante la cantidad de 5.045,77 € correspondiente a los intereses legales producidos por la cantidad cobrada por la demandada en exceso, desde la fecha de pago, hasta la interpelación judicial del presente procedimiento. Se adjunta cálculo de intereses legales como Documento número 15.
4. La condena al pago de los intereses procesales desde la interposición de la presente demanda hasta el completo pago de lo declarado en Sentencia.
5. Todo ello con expresa imposición de las costas.

La demanda se sustenta en la Decisión de la Comisión de 19 de Julio de 2016, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 53 del Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo (Asunto 39824-Camiones), sancionando a la mercantil demandada, por una infracción por colusión sobre fijación de precios e incrementos de los precios brutos de los camiones en el Acuerdo EEE y el calendario y la repercusión de los costes para la introducción de tecnologías de emisiones, en el caso de los camiones medios y pesados exigida por las normas EURO 3 a 6.

Los productos afectados por la infracción son los camiones con un peso de entre 6 y 16 toneladas (camiones medios) y los camiones de más de 16 toneladas (camiones pesados), tanto rígidos como cabezas tractoras.

Añade la demanda que la demandada reconoció en el procedimiento de transacción abierto al "cartel del camión", concretamente en el procedimiento de clemencia, que participó con otras empresas del sector, en un acuerdo contrario a las normas de competencia, infringiéndolas para así verse beneficiado de una reducción de la sanción que pudieren imponerle, en un 10%.

Según la demanda, la decisión de la comisión y la actitud de la empresa hacen más que probado el sobrecoste producido en los precios de los camiones.



DOÑA Adoracion formalizó contrato de compraventa en fecha 28 de mayo de 2007, del vehículo-camión marca IVECO, modelo G5C18/P con número de matrícula ....-ZKW , número de bastidor NUM002 con la mercantil ZONA FRANCA ALARI SEPAUTO S. A. (concesionario oficial de IVECO) por precio de 27.088,00 euros (sin IVA).

D. Eduardo formalizó un contrato de compraventa en fecha 08 de marzo de 2007, del vehículo-camión marca IVECO, modelo ML180E28K con número de matrícula ....- TBZ , número de bastidor NUM003 con la mercantil AUTO DISTRIBUCIÓN S. L. por cantidad de 46.157,00 euros (sin IVA).

Se acompañan a la demanda los informes periciales efectuados por D. Teodoro , en los cuales se reseña la cuantía soportada de sobrecoste de los camiones:

- Dictamen pericial sobre los perjuicios provocados y derivados de la constitución de un cártel de fabricantes de camiones, en el vehículo industrial de la marca IVECO, modelo G5C18/P con número de matrícula ....-ZKW , propiedad de DOÑA Adoracion en el cual se establece que el sobrecoste total abonado por mi mandante y derivado de la práctica ilegal llevada a cabo por la mercantil demandada asciende a 8.137,58 euros (documento núm. 11).

- Dictamen pericial sobre los perjuicios provocados y derivados de la constitución de un cártel de fabricantes de camiones, en el vehículo industrial de la marca IVECO, modelo ML180E28K con número de matrícula ....- TBZ , propiedad de D. Eduardo en el cual se establece que el sobrecoste total abonado por mi mandante y derivado de la práctica ilegal llevada a cabo por la mercantil demandada asciende a euros 11.407,91 euros (documento núm. 12).

**SEGUNDO.** IVECO ESPAÑA solicitó la desestimación de la demanda sobre las alegaciones que a continuación vamos a sistematizar:

I. Excepción de prescripción de la acción ejercitada por el Sr. Eduardo .

El plazo prescriptivo aplicable es el de un año del artículo 1968.2º CC.

Considera la demandada que los demandantes tenían a su disposición toda la información que necesitaba para ejercitar la acción de resarcimiento a más tardar en fecha 19 de julio de 2016. Se trata de la fecha en que la Comisión Europea publicó una extensa nota de prensa. La demanda se interpuso el 3 de abril de 2018, transcurrido el plazo de un año computado desde la publicación de dicha nota de prensa.

II. Excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda.

Sostiene la demandada que los demandantes pretenden la declaración de nulidad del precio de la compraventa de los camiones frente a quien no fue parte en el contrato de compraventa, y la condena al pago de una cantidad que no se ha acreditado como cuantía adeudada.

III. Falta de legitimación pasiva de IVECO ESPAÑA, S.L.

- IVECO ESPAÑA no es destinataria de la Decisión y no ha participado en ninguna conducta anticompetitiva.

- Los demandantes adquirieron los vehículos de los concesionarios. No tuvieron relación con IVECO ESPAÑA.

IVECO ESPAÑA vendió el vehículo después adquirido por la Sra. Adoracion al distribuidor ALARI SEPAUTO por precio, con accesorios, de 35.200 euros y aplicó un descuento fuera de factura (9.856 euros). El precio final para el distribuidor fue de 25.534 euros más IVA.

ALARI SEPAUTO vendió el vehículo a la Sra. Adoracion por 27.088 euros más IVA el 28 de mayo de 2007.

IVECO ESPAÑA vendió el vehículo después adquirido por el Sr. Eduardo al distribuidor AUTO DISTRIBUCIÓN por precio, con accesorios, de 65.810 euros y aplicó un descuento fuera de factura (25.007,80 euros). El precio final para el distribuidor fue de 40.802,20 euros más IVA.

AUTO DISTRIBUCIÓN vendió posteriormente el vehículo al Sr. Eduardo .

- La demanda se sustenta únicamente en la Decisión adoptada por la Comisión, ejercitando una acción *follow on*.

IV. Conducta objeto de la Decisión.

Según la demandada, la conducta a la que se refiere la Decisión afecta a determinados acuerdos:

(i) Intercambio de listas de precios brutos paneuropeos (EEE).

(ii) Calendario de introducción de la tecnología de reducción de emisiones (estándares Euro) y repercusión de su coste.

Los destinatarios de la Decisión que forman parte del Grupo IVECO son:

IVECO S.p.A.

IVECO MAGIRUS, A.G.

FIAT CHRYSLER AUTOMOBILES B.V.

CNH INDUSTRIAL N.V.

Ninguno de ellos vende camiones en España.

En la fecha de adquisición de los camiones la conducta se producía solo en Alemania. Cada filial aplicaba distintas listas de precios brutos en sus respectivos países. La filial alemana solo intercambiaba las listas de precios brutos de Alemania. A partir de 2004 solo participaron en la conducta infractora las filiales alemanas.

En definitiva, según la demandada, la conducta infractora no afectó al mercado español.

IVECO ESPAÑA introdujo camiones compatibles con las normas EURO aplicables mucho antes de que la normativa relevante entrara en vigor.

La conducta analizada se refiere a camiones medios y pesados. El vehículo adquirido por la Sra. Adoracion pertenece a la gama de vehículos ligeros de IVECO (gama Daily, modelo 65C18). Se trata de una furgoneta, no de un camión.

V. Ausencia de daño

La Decisión no prueba ningún sobrecoste en relación a los camiones comercializados por las destinatarias de la misma. No analiza los efectos de la conducta. La infracción por objeto no presume que se hayan producido daños.

El intercambio de información no equivale a intercambio de precios y no es apto para producir un efecto sobre los precios de los camiones.

Una conducta relativa a precios brutos no es apta para influir en los precios netos. En el precio neto influyen factores como el descuento del fabricante y el del concesionario, además de las opciones de personalización del vehículo.

No se acredita que las conductas relativas a las normas sobre emisiones generen daño alguno.

VI. Excepción de *passing on*.

Cualquier sobrecoste ha sido trasladado a los clientes de los adquirentes, según la demandada. Los informes periciales acompañados a la demanda no contienen ninguna mención al respecto. Añade que el coste de adquisición de los camiones ha sido sin duda tenido en cuenta por los demandantes a la hora de fijar sus precios de venta o de prestación de servicios a sus clientes.

VII. Cuantificación del daño.

El informe acompañado a la demanda es una exposición teórica de metodologías aplicables y no aplica ninguna. Propone un elevado porcentaje teórico de sobreprecio. El informe se refiere como daño, además del sobrecoste, a la pérdida de bienestar de los clientes que dejan de comprar el bien.

En las Tarjetas ITV de los vehículos consta que están equipados con "grúas autocarga marca FASSI". Las facturas de venta no especifican si los precios incluyen el coste de las grúas. Desconoce la demandada si en el cálculo del daño se han tenido en cuenta esas modificaciones.

Considera la demandada que la indemnización no debe comprender la reducción fiscal, puesto que los demandantes deben haber deducido íntegramente el coste de adquisición del vehículo, lo cual habrá producido una reducción equivalente de su base imponible que tiene como consecuencia el pago de una menor cuota del impuesto. Añade que no es necesario probar que esa reducción fiscal se ha producido, sino que debe presumirse *iuris et de iure* que se ha realizado.

VIII. Ausencia de relación causal entre la conducta infractora y el daño.

La Decisión no establece ningún vínculo entre las conductas infractoras y la fijación de las listas de precios brutos españolas.

De existir incremento de precio o sobrecoste, puede deberse a múltiples factores.

**TERCERO.** La sentencia dictada por el Juzgado de lo mercantil desestimó la demanda.

Analiza la sentencia en primer lugar la excepción de prescripción alegada en relación a la acción ejercitada por D. Eduardo .



Señala al respecto que no resulta de aplicación el plazo introducido por el RDL por el que se transpone la Directiva de daños - artículo 74.1 LDC -, de manera que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.939 CC, la prescripción ya iniciada se rige por la ley anterior, resultando aplicable el régimen del artículo 1.968 CC. Dicho plazo no afecta al principio de efectividad.

Por otra parte la falta de transposición de la Directiva no provoca su efecto directo.

Añade que el plazo debe computarse desde la fecha de publicación de la Decisión de la Comisión, el 6 de abril de 2017. La demanda fue interpuesta el 3 de abril de 2018, por lo que no había transcurrido el plazo prescriptivo.

Por el contrario, la sentencia aprecia la excepción de falta de legitimación pasiva.

Señala al respecto que la Decisión de la Comisión no ha sancionado a la filial española (IVECO ESPAÑA). Se remite a la jurisprudencia del TJUE referida a la responsabilidad de la matriz por actos de la filial. No cabe una extensión de responsabilidad a una sociedad perteneciente al grupo por actos de otra filial o de la matriz a efectos de imputación de responsabilidad. Debe acreditarse tanto la existencia del grupo como la actuación de la demandada en virtud de una influencia decisiva.

La Decisión sancionó a unos destinatarios concretos, delimitando su actuación en el EEE tanto en fechas (desde enero de 1997 hasta enero de 2011) como en los actos realizados.

Concluye que la acción *follow on* entablada debe dirigirse contra los destinatarios de la Decisión. En otro caso debe acreditarse la relación de la demandada con la conducta llevada a cabo por los sancionados, puesto que la extensión de responsabilidad no puede resultar de ser sociedades que forman parte del mismo grupo.

Finalmente la sentencia no efectúa expresa imposición de costas, dada la existencia de pronunciamientos contradictorios dictados por los Juzgados de lo mercantil.

#### **CUARTO. Recurso de apelación interpuesto por D. Eduardo y D<sup>a</sup> Adoracion .**

Se sustenta el primero de los motivos del recurso en la vulneración de las normas sobre la prueba ( artículos 24 CE y 281 y siguientes de la LEC).

Sostiene el recurso que por el Juzgado se han denegado dos pruebas esenciales y decisivas para acreditar que IVECO ESPAÑA es una filial participada al 99,99% por CNH INDUSTRIAL, N.V.

Se trata de las cuentas anuales del ejercicio 2017 de la demandada IVECO ESPAÑA y de la captura de pantalla de la página web de la demandada.

El motivo del recurso no puede prosperar por las siguientes razones:

(i) La LEC otorga un cauce específico en la segunda instancia para que la decisión sobre la pertinencia o utilidad de la prueba pueda ser revisada. Dicho de otro modo, la revisión de la decisión al respecto comporta que el tribunal practique las pruebas que resulten admisibles. En consecuencia, solicitada la práctica de prueba en segunda instancia, el Tribunal resolverá lo procedente siempre en atención a los presupuestos de admisibilidad - pertinencia y utilidad - ya valorados, acertada o desacertadamente, en la primera instancia. Este es el régimen aplicable a la inadmisión de medios de prueba, y así se destaca en la STS 139/2014, de 12 de marzo.

Por lo tanto, la inadmisión de medios de prueba en la primera instancia no constituye motivo de un recurso de apelación.

(ii) La sentencia recurrida no pone en duda la pertenencia de IVECO ESPAÑA al grupo de referencia. Precisamente el fundamento de la desestimación de la demanda es la imposibilidad de extender la responsabilidad de las destinatarias de la decisión a otras sociedades del grupo cuando no se acredita su participación en la conducta infractora. La "relación" que menciona la sentencia no se refiere a la pertenencia al grupo o a la condición de filial - que no se discute - sino a la participación de IVECO ESPAÑA en los hechos que sustentan la conducta infractora que contempla la Decisión de la Comisión. Del texto de la sentencia se desprende que la responsabilidad de la matriz por la influencia decisiva que ejerce sobre la filial que participa en unos determinados hechos (sería el caso de responsabilidad de CNH INDUSTRIAL por actos de IVECO ESPAÑA) no permite imputar a la filial actos de la matriz sin que se acredite su participación en los mismos, puesto que la filial no ejerce ninguna influencia decisiva sobre la matriz (responsabilidad de IVECO ESPAÑA por actos de CNH INDUSTRIAL, que es de lo que aquí se trata).

(iii) La desestimación se funda en que se ejercita una acción de responsabilidad únicamente sustentada en la Decisión de la Comisión y la demandada no es destinataria de la Decisión. Expresamente señala la sentencia que no es posible realizar una extensión de responsabilidad a una sociedad perteneciente al grupo por actos de otra filial o de la matriz a efectos de imputación de dicha responsabilidad.





(iv) No resultó controvertido el hecho de que IVECO ESPAÑA esté participada en un 99,99% por CNH INDUSTRIAL, NV.

El recurso pretende que se extienda a la filial la responsabilidad por actos de la matriz.

En su escrito de oposición señala IVECO ESPAÑA que no resulta controvertido que la demandada forma parte del grupo IVECO y que está participada en un 99,99% por CNH INDUSTRIAL NV. Sin embargo, considera que no se puede exigir responsabilidad a IVECO ESPAÑA a través de una acción *follow on* puesto que no ha sido declarada previamente responsable de la conducta infractora. No cabe extender la responsabilidad a sociedades no sancionadas. La Comisión sancionó a la filial alemana del grupo IVECO, no a la filial española.

**QUINTO.** La legitimación pasiva de IVECO ESPAÑA.

La cuestión controvertida, referida a la legitimación pasiva de las filiales cuando la Decisión de la Comisión afecta a la matriz o a otras empresas del grupo ha sido resuelta por la STJUE de 6 de octubre de 2021 (C-882/2019).

Señala la sentencia que el 19 de julio de 2016, la Comisión adoptó la Decisión C(2016) 4673 final, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 101 [TFUE] y del artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto AT.39824 - Camiones), de la que se publicó un resumen en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de 6 de abril de 2017.

A continuación describe el contenido de la Decisión (10):

*Según esta Decisión, quince fabricantes europeos de camiones, entre ellos Daimler, participaron en un cártel que adoptó la forma de una infracción única y continuada del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992 (DO 1994, L 1, p. 3) consistente en la conclusión de acuerdos colusorios sobre la fijación de precios y el incremento de los precios brutos de camiones en el Espacio Económico Europeo (EEE), así como sobre el calendario y la repercusión de los costes relativos a la introducción de tecnologías de emisiones para esos camiones, exigida por las normas vigentes.*

La sentencia determina el alcance del concepto de empresa como sujeto activo de las conductas colusorias:

*(41) Con ello, al tener por objeto las actividades de las empresas, el Derecho de la Unión en materia de competencia consagra como criterio decisivo la existencia de una unidad de comportamiento en el mercado, sin que la separación formal entre diversas sociedades, resultado de su personalidad jurídica distinta, pueda oponerse a tal unidad a efectos de la aplicación de las normas de competencia (véanse, en este sentido, las sentencias de 14 de julio de 1972, Imperial Chemical Industries/Comisión, 48/69, EU:C:1972:70, apartado 140, y de 14 de diciembre de 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, C-217/05, EU:C:2006:784, apartado 41). Por tanto, el concepto de "empresa" comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de esa entidad y de su modo de financiación, y designa, así, una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico, dicha unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas (véanse, en este sentido, las sentencias de 10 de septiembre de 2009, Akzo Nobel y otros/Comisión, C-97/08 P, EU:C:2009:536, apartados 54 y 55, y de 27 de abril de 2017, Akzo Nobel y otros/Comisión, C-516/15 P, EU:C:2017:314, apartados 47 y 48). Esta unidad económica consiste en una organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales que persigue de manera duradera un fin económico determinado, organización que puede participar en la comisión de una infracción de las que contempla el artículo 101 TFUE, apartado 1 (sentencia de 1 de julio de 2010, Knauf Gips/Comisión, C-407/08 P, EU:C:2010:389, apartados 84 y 86).*

*(42) Cuando una entidad económica de este tipo infringe el artículo 101 TFUE, apartado 1, le incumbe, conforme al principio de responsabilidad personal, responder por esa infracción. A este respecto, para imputar responsabilidad a cualquier entidad jurídica de una unidad económica, es necesario que se aporte la prueba de que al menos una entidad jurídica perteneciente a dicha unidad económica ha infringido el artículo 101 TFUE, apartado 1, de modo que se considere que la empresa constituida por esa unidad económica ha infringido esa disposición y que esta circunstancia se ponga de relieve en una decisión de la Comisión que haya pasado a ser definitiva (véase, en este sentido, la sentencia de 27 de abril de 2017, Akzo Nobel y otros/Comisión, C-516/15 P, EU:C:2017:314, apartados 49 y 60) o se acredite de manera autónoma ante el juez nacional de que se trate cuando la Comisión no haya adoptado ninguna decisión relativa a la existencia de una infracción.*

Concluye la sentencia señalando que cuando se demuestra que la sociedad matriz y su filial forman parte de una misma unidad económica y constituyen, por tanto, una única empresa en el sentido del artículo 101 TFUE, la propia existencia de esa unidad económica, autora de la infracción, determina, de manera decisiva, la responsabilidad de una u otra de esas sociedades que componen la empresa por el comportamiento contrario a la competencia de esta última. El concepto de "empresa" y, a través de este, el de "unidad económica",



conlleven de pleno derecho la responsabilidad solidaria de las entidades que componen la unidad económica en el momento de la comisión de la infracción.

No obstante matiza que la responsabilidad de una sociedad filial en lugar de la responsabilidad de la sociedad matriz no es una facultad de la que se disponga automáticamente contra cualquier sociedad filial de una sociedad matriz objeto de una decisión de la Comisión por la que se sanciona un comportamiento infractor. Por ello la víctima debería demostrar, en principio, que el acuerdo contrario a la competencia celebrado por la sociedad matriz por el que ésta ha sido condenada se refiere a los mismos productos que aquellos que comercializa la sociedad filial.

A su vez, para garantizar el derecho de defensa de la filial (54), ésta debe poder refutar su responsabilidad por el perjuicio supuestamente causado, en particular, alegando todo motivo que habría podido invocar de haber estado implicada en el procedimiento incoado por la Comisión en contra de su sociedad matriz y que ha llevado a la adopción de una decisión por dicha institución en la que se declara la existencia de un comportamiento infractor contrario al artículo 101 TFUE (*public enforcement*), aunque no puede impugnar, ante el juez nacional, la existencia de la infracción así declarada por la Comisión (55).

Finalmente (71), al aplicar el Derecho nacional, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a interpretarlo en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la disposición de Derecho primario de que se trate, tomando en consideración la totalidad del Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por este a fin de garantizar la plena efectividad de dicha disposición y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido.

De lo expuesto se desprende que es posible declarar la responsabilidad de la filial IVECO ESPAÑA, en cuanto dicha filial participa en el proceso de distribución comercial de los vehículos IVECO en España. De hecho, la propia contestación a la demanda reconoce (28) que "la comercialización de camiones de marca IVECO en España es llevada a cabo en todos los casos por IVECO ESPAÑA".

No queda por otra parte afectado el derecho de defensa de la filial en el procedimiento sancionador cuando una de las sociedades - al menos - que conforman dicha empresa haya tenido la oportunidad de rebatir la realidad de la infracción. Y la eventual responsabilidad de la sociedad filial por los daños causados no queda excluida por el mero hecho de que la decisión en la que la Comisión haya declarado la existencia de la infracción no haya impuesto a esa sociedad una sanción administrativa.

El artículo 71.2 LDC debe interpretarse empleando el concepto de empresa analizado en la sentencia del TJUE y atribuyendo la responsabilidad por las conductas infractoras a la demandada en el sentido establecido por la citada resolución.

**SEXTO.** Apreciado el motivo del recurso en relación a la excepción de falta de legitimación pasiva, ello no comporta su estimación sin más. Procede analizar el resto de cuestiones controvertidas.

Debemos advertir que la pretendida excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda en su momento planteada en realidad reproduce la cuestión relativa a la legitimación pasiva.

Y el hecho de que se adquieran los vehículos de concesionarios de la marca no excluye que el cártel pueda provocar sobrecostes, ni afecta por lo tanto a la legitimación pasiva - en cuanto la demandada puede ser responsable de los daños derivados de una conducta antijurídica - sino a la prueba del daño, su cuantificación, y a la relación causal con dicha conducta.

Debemos efectuar unas consideraciones previas referidas al informe pericial aportado por la parte demandada.

No podemos aceptar las conclusiones del informe COMPASS LEXECOM aportado por la parte demandada en cuanto:

(i) Se distorsiona la conducta infractora y el alcance de la Decisión con la finalidad de excluir la existencia de daños. El informe sustituye en realidad las apreciaciones de la Comisión - e incluso el alcance de la Decisión expresado en la citada STJUE - por las establecidas *pro domo sua*. Los órganos jurisdiccionales están vinculados a la Decisión *in totum*, naturalmente dentro de su ámbito material, temporal y territorial (cdo. 34 de la Directiva 2014/104). La vinculación se refiere no solo a la parte dispositiva sino a los fundamentos en que se sustenta dicha Decisión. La Decisión afecta a IVECO en todos los extremos de la conducta infractora.

(ii) El informe pericial no solo distorsiona la conducta infractora y prescinde de la valoración de la Decisión sobre los efectos de dicha conducta - que se reflejan en la Decisión -, sino que sustituye lo expuesto en la Decisión por sus propias apreciaciones.



Así ocurre con las listas de precios paneuropeas. Ciertamente, la Decisión mantiene que IVECO no tenía una lista de precios brutos aplicables en todo el EEE para sus propios camiones, pero aclara que, a pesar de ello, "recibió las listas de precios brutos aplicables en todo el EEE de los demás destinatarios" (Nota 53). La conducta de IVECO no recibe en la Decisión un tratamiento específico y diferenciado, ni se la excluye en relación al alcance de los acuerdos colusorios en que se sustenta.

La Nota 53 precisamente va referida al apartado 75 de la Decisión, que expone los efectos del intercambio. La información intercambiada sobre aumentos de precios permitía conocer la estrategia de precios de los competidores. De este modo, el alcance de la conducta que aprecia la Decisión, según hemos expuesto, es aplicable a todos los destinatarios.

El informe (pg. 179) se limita a sustentar que la Decisión declara, en el párrafo 28, que IVECO no usaba listas de precios brutos armonizadas en el EEE durante el periodo relevante, pero omite la Nota 53 de la Decisión referida expresamente a IVECO. Por otra parte, todos los destinatarios, a excepción de DAF, tuvieron acceso al configurador de al menos otro destinatario y el intercambio de configuradores ayudó a comparar las ofertas propias con las de los competidores (48).

(iii) La circunstancia de que la filial alemana y CNH INDUSTRIAL sean destinatarios de la Decisión no supone que el cártel no haya producido sus efectos también en España o que éstos se limiten a Alemania. Se distorsiona el alcance de la Decisión confundiendo la nacionalidad del destinatario - una sociedad alemana - con el ámbito espacial del cártel.

(iv) El hecho de que la Comisión o la Autoridad Nacional de Competencia no precisen analizar los efectos sobre el mercado en una infracción por el objeto no significa que la Comisión no haya apreciado efectos sobre el mercado en el caso concreto, tanto en referencia a la incidencia del intercambio de información sobre los precios netos como el los incrementos de precio.

(v) La Decisión (47, 49, 50, 51, 52, 53, 58, 71, 75) no se limita a apreciar la conducta de intercambio de información en sí misma sino que se refiere también a los efectos de dicho intercambio (precios netos, aumentos de precios). Los destinatarios de la Decisión estuvieron directamente involucrados en la discusión de precios e incrementos de precios (49). El propio TJUE señala en la sentencia citada que se trataba de acuerdos colusorios sobre la "fijación de precios".

(vi) Aunque la conducta se limitase al intercambio de información sobre precios, ello no permite excluir la existencia de daño como presupuesto de la acción indemnizatoria - al margen de los efectos que se han apreciado en la propia Decisión de la Comisión que, según hemos advertido, vincula "in totum", en los términos expuestos -. Como señala la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera) nº 1145/2021, de 17 de septiembre de 2021 (Rec. 5409/2020), con cita de la anterior sentencia nº 1359/2018, de 25 de julio (Rec. 2917/2016), el intercambio de información estratégica permite conocer a las empresas el precio que se puede fijar, que se determina conforme a una competencia alterada por la conducta infractora, en cuanto se suprime la incertidumbre sobre el comportamiento en el mercado previsto por las empresas partícipes. Puede presumirse que dichas empresas han determinado efectivamente su comportamiento en el mercado basándose en la concertación y dicha presunción queda reforzada cuando las empresas han concertado su comportamiento regularmente a lo largo de un período dilatado ( STJUE de 4 de junio de 2009, C-8/08, apdo. 58).

Este tipo de conductas son aptas para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado común. La cuestión de si tal efecto se produce realmente y, en su caso, en qué medida, es relevante para establecer derechos de indemnización por daños y perjuicios. Dado el objeto expuesto y la extensión temporal y espacial que se aprecia en este caso - que no es la que pretende la demandada o el dictamen pericial aportado a su instancia -, es posible presumir que el cártel - aunque se limitase al intercambio de información sobre precios - ha tenido incidencia en el precio final aplicado a los consumidores. Ese era su objetivo y esto justifica el riesgo que se asumía.

Las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2011/ C 11/01), que sustituyeron a las Directrices de la Comisión sobre la aplicabilidad del artículo 81 TCE a los acuerdos de cooperación horizontal (DOCE 2001/ C 3/02), se refieren al intercambio de información en su apartado 73 del siguiente modo:

*Es particularmente probable que el intercambio de información sobre las intenciones individuales de las empresas en cuanto a su conducta futura relativa a precios o cantidades desemboque en un resultado colusorio. La información recíproca sobre tales intenciones puede permitir a los competidores llegar a un nivel común de precios más elevado sin correr el riesgo de perder cuota de mercado o de desencadenar una guerra de precios durante el periodo de ajuste a los nuevos precios.*





Es decir, el objetivo de este tipo de conductas es alcanzar un nivel común de precios más elevado. Y los intercambios frecuentes de información facilitan el control de las desviaciones (apartado 91).

(vii) La constatación del daño puede efectuarse sobre la base de presunciones, aunque no sea aplicable la Directiva de daños, atendiendo al Derecho nacional y conforme al principio de efectividad. La acreditación del daño - a partir de las consideraciones efectuadas en la propia Decisión o de la aplicación de presunciones - no excluye en cualquier caso la necesidad de cuantificar su magnitud, que es una cuestión distinta.

(viii) El que sobre los precios incidan diversas variables puede hacer necesario, a la hora de cuantificar el daño, discriminar las variables ajenas al acuerdo colusorio, pero esto no significa que se excluya el daño, sino que afectará a su cuantificación.

(ix) El cumplimiento de las obligaciones fiscales y las desgravaciones o deducciones a las que pueda acogerse legalmente el perjudicado por la adquisición del bien en absoluto dan lugar a una compensación por los daños que deba ser deducida de la indemnización a satisfacer por el infractor. Con el cumplimiento de las obligaciones tributarias en los términos previstos legalmente el perjudicado por la conducta ilícita no se está compensando por el daño sufrido, ni dicho cumplimiento de obligaciones fiscales representa un "lucro" compensable. La regla de la *compensatio lucri cum damno* tiene su fundamento en la responsabilidad contractual ex art. 1106 Cc respecto a la liquidación de daños indemnizables y se sustenta en ventajas que deben derivar de los propios hechos generadores de la responsabilidad, lo que no es el caso.

No obstante, por cuanto respecta al daño relativo a la implantación de las normas sobre emisiones, el informe pericial aportado por la parte demandante no expone otra cosa que el cálculo del coste de la implantación de la normativa, dando por supuesto que el coste - en ausencia de infracción - no hubiera sido repercutido en el precio. Simplemente se sustenta el informe en una explicación sobre las nuevas tecnologías y en la valoración del coste de implementación para, sin más, considerar que el coste de las nuevas tecnologías ha sido repercutido en su totalidad y representa un daño. El que los destinatarios de la Decisión participen en la determinación del cargo adicional que se aplicará a la tecnología de emisiones que cumpla con los estándares de emisiones EURO.21 (51) no significa que ese cargo adicional no sea repercutible y que el coste de adaptación suponga en sí un daño, y no se ofrece explicación alguna sobre el cargo que en ausencia de acuerdos se hubiera aplicado, ni se emplea método o se efectúa análisis alguno al efecto.

Para establecer una determinada cuantificación es necesario que se sustente en "una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables" - STS 651/2013, de 7 de noviembre de 2013, FJ 7.3 -. Aquí no se ofrece más que la valoración de los costes de implantación de la nueva nueva tecnología. No existe razonamiento alguno sobre la directa aplicación de los costes como daño indemnizable, ni estudio alguno al respecto.

El informe de la parte actora no acredita realmente cual es el daño que pudiera derivarse de los acuerdos relativos a dicha implantación. Como es obvio, los costes de fabricación de los vehículos inciden en el precio de venta - salvo que se venda bajo coste -, y el hecho de que se repercutan en principio no supone daño, por lo que dicho informe pericial carece de razonamiento que permita sustentar el hipotético daño más allá de cuantificar los costes de los nuevos dispositivos.

En cualquier caso, a partir de lo expuesto en la Decisión - al margen de lo señalado por el propio TJUE respecto al alcance de la infracción -, pretender que no se produce daño a consecuencia de la conducta infractora referida a los acuerdos sobre precios es sencillamente insostenible. No obstante, ampliaremos el análisis con las consideraciones efectuadas a continuación sobre los presupuestos de la acción de indemnización.

#### I. Prescripción de la acción.

La excepción de prescripción ya fue rechazada en la primera instancia.

Cuando la sentencia dictada en la primera instancia rechaza la prescripción de la acción y la demanda es desestimada por razones sustantivas o por la estimación de otra excepción, para reproducir esta cuestión en la segunda instancia es necesaria la impugnación de la sentencia - entre otras, STS 532/2013, de 19 de septiembre -.

#### II. El vehículo adquirido por D<sup>a</sup> Adoracion .

D<sup>a</sup> Adoracion adquirió un vehículo marca IVECO, modelo G5C18/P.

La Decisión (5), señala que los productos afectados por la infracción son camiones con un peso comprendido entre 6 y 16 toneladas ("camiones medianos") y camiones con un peso superior a 16 toneladas ("camiones pesados") tanto como camiones rígidos como cabezas tractoras o camiones tractores. La demanda expresamente se refiere a dicho ámbito material.



La contestación a la demanda sostiene lo siguiente sobre las características del vehículo:

34. Pues bien, el vehículo por el que reclama la Sra. Adoracion es el modelo 65C18, perteneciente a la gama Daily, que es la gama de vehículos ligeros de IVECO. De hecho, como puede verse fácilmente en la propia página web de IVECO, no se trata ni siquiera de un camión, sino de un furgón (que habitualmente llamaríamos "furgoneta").

La alegación efectuada en la contestación a la demanda no se ajusta a los términos de la Decisión, sino que se limita a dar por supuesta la exclusión del vehículo del ámbito de la Decisión sobre la referida calificación efectuada por IVECO respecto a su gama de vehículos, sin contemplar el peso del vehículo, que es lo que, según la Decisión, delimita los productos afectados por el cártel.

Por lo tanto, no es posible admitir tal exclusión.

III. Normas aplicables.

Como establece la Decisión respecto a la duración de la infracción (62), todos los destinatarios iniciaron su participación en la infracción el 17 de enero de 1997. La infracción finalizó el 18 de enero de 2011, fecha en la que comenzaron las inspecciones. En el caso de MAN, se considera que la infracción finalizó el 20 de septiembre de 2010 cuando solicitó la inmunidad (63).

Es necesario realizar algunas precisiones sobre la aplicación de la Directiva 2014/104/UE y sobre la aplicación del principio de interpretación conforme.

La Directiva no puede aplicarse en aspectos sustantivos a una demanda que se refiere a hechos anteriores a la adopción y entrada en vigor de la misma, aunque se hubiera interpuesto con posterioridad. Lo que sustenta las acciones de responsabilidad por daños - todas las acciones de responsabilidad, sean *stand alone* o *follow on* - es la conducta anticompetitiva. La aplicación de la Directiva no se determina en función de la fecha de la resolución de la autoridad de Competencia o en función de la fecha de interposición de la demanda.

En los supuestos en que no es de aplicación una directiva, el derecho a indemnización se rige por el ordenamiento interno, siempre respetando los principios de equivalencia y de efectividad.

Tampoco es posible aplicar el principio de interpretación conforme a los supuestos en que no es de aplicación la Directiva 2014/104/UE por razones temporales. El principio de interpretación conforme tiene su límite en el principio de no retroactividad y de seguridad jurídica como principios generales del Derecho de la Unión. En consecuencia, únicamente rige en el ámbito de aplicación de la Directiva, y aquí los hechos quedan fuera de su ámbito de aplicación temporal.

En el caso de la Directiva 2014/104 expresamente el legislador de la Unión excluye además cualquier efecto retroactivo en la transposición de sus normas sustantivas, que serán de aplicación una vez entren en vigor (en España, la transposición se efectúa por medio del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo).

El artículo 17, apartado 2, de la Directiva puede calificarse de disposición "sustantiva" en el sentido del artículo 22, apartado 1, de dicha Directiva y, por consiguiente, la legislación nacional adoptada para dar cumplimiento a esa disposición - artículo 76.3 LDC - no debe aplicarse a hechos generadores de responsabilidad acaecidos antes de la entrada en vigor de esas normas nacionales de transposición. En consecuencia, la presunción legal de que las infracciones de los cárteles causan daños no resulta aplicable con efecto retroactivo.

La facultad de los tribunales para estimar el importe de los daños y perjuicios prevista en el artículo 17, apartado 1, de la Directiva 2014/104 se ha considerado en las conclusiones del Abogado General Sr. Athanasios Rantos en el asunto C- 267/20 (77) una disposición "procesal" en el sentido del artículo 22 de esta Directiva. Destaca en sus conclusiones que el Derecho de la Unión debe determinar, de entre las disposiciones de dicha Directiva, las que son sustantivas y las que no lo son. Y en las conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott en el asunto C-637/17 (60) ya se había destacado que las normas sustantivas no se deben aplicar con efecto retroactivo, mientras que las normas de procedimiento sí son aplicables a situaciones anteriores a la entrada en vigor de la Directiva, siempre en el contexto de acciones que, a su vez, hayan sido ejercitadas después de la entrada en vigor de la Directiva.

Sin embargo, el nuevo artículo 78.2 LDC se incluye en el artículo Tercero del Real Decreto-ley 9/2017 de transposición, y la Disposición transitoria primera del Real Decreto-ley, que establece el régimen transitorio en materia de acciones de daños resultantes de infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea establece en su apartado primero que las previsiones recogidas en el artículo tercero del Real Decreto-ley no se aplicarán con efecto retroactivo.

Es preciso recordar que la Directiva 2014/104 no puede desplegar el denominado "efecto de exclusión" en el sentido de que disposiciones nacionales incompatibles con la misma deban quedar simplemente inaplicadas en los litigios entre particulares. Un órgano nacional no está obligado, basándose únicamente en el Derecho



de la Unión, a inaplicar las disposiciones de su legislación nacional contrarias a una directiva en un litigio entre particulares ( STJUE de 7 de agosto de 2018, C-122/17, apartado 49).

No obstante debemos señalar que tanto la presunción de daño como este tipo de facultades resultan en todo caso aplicables conforme al Derecho nacional y atendiendo al principio de efectividad.

#### IV. La conducta antijurídica.

No es posible admitir, como sostiene la contestación a la demanda, que nos encontremos ante conductas que se limitan al intercambio de listas de precios o información y al calendario de introducción de la tecnología de reducción de emisiones y repercusión de su coste.

En primer lugar, el propio Tribunal de Justicia, en la citada sentencia de 6 de octubre de 2021, C-882/2019, establece el alcance de la Decisión de la Comisión:

9. El 19 de julio de 2016, la Comisión adoptó la Decisión C(2016) 4673 final, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 101 [TFUE] y del artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto AT.39824 - Camiones), de la que se publicó un resumen en el Diario Oficial de la Unión Europea de 6 de abril de 2017 (DO 2017, C 108, p. 6) (en lo sucesivo, "Decisión de 19 de julio de 2016").

10. Según esta Decisión, quince fabricantes europeos de camiones, entre ellos Daimler, participaron en un cártel que adoptó la forma de una infracción única y continuada del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992 (DO 1994, L 1, p. 3) consistente en la conclusión de acuerdos colusorios sobre la fijación de precios y el incremento de los precios brutos de camiones en el Espacio Económico Europeo (EEE), así como sobre el calendario y la repercusión de los costes relativos a la introducción de tecnologías de emisiones para esos camiones, exigida por las normas vigentes.

En consecuencia nos encontramos ante acuerdos colusorios sobre la fijación de precios y el incremento de los precios brutos de camiones en el Espacio Económico Europeo (EEE), así como sobre el calendario y la repercusión de los costes relativos a la introducción de tecnologías de emisiones para esos camiones.

La Decisión se refiere ciertamente a estos aspectos:

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

En definitiva, nos encontramos ante acuerdos colusorios tal y como fueron definidos por el Tribunal de Justicia, consistentes en la fijación de precios y el incremento de los precios brutos de camiones en el Espacio Económico Europeo (EEE), así como sobre el calendario y la repercusión de los costes relativos a la introducción de tecnologías de emisiones para esos camiones, exigida por las normas vigentes.

Por otra parte los acuerdos de fijación de precios no se limitaban a un país en concreto o a parte de la duración de la infracción. Como establece la Decisión, el alcance geográfico de la infracción (61) cubrió todo el EEE durante toda la duración de la infracción.

Cuando se trata de una decisión de la Comisión, la misma siempre ha tenido un efecto vinculante respecto a la constancia de la infracción (conocida como regla de supremacía) según el art. 16 del Reglamento 1/2003, la Comunicación de la Comisión relativa a la Cooperación entre la Comisión y los Órganos Jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE, punto 13, y la STJCE de 13 de abril de 1994, as. C-128/1992, "Banks" (22-23).

#### V. Los efectos del cártel. El daño. Daño a comprador indirecto.

La teoría económica y los estudios empíricos constatan que todo tipo de cártel afecta a los precios. Como señala la Guía Práctica (140), infringir las normas de competencia expone a los miembros del cártel al riesgo de ser descubiertos y, por tanto, a ser objeto de una decisión por la que se declare una infracción y se impongan multas. El mero hecho de que las empresas participen, a pesar de todo, en tales actividades ilegales indica que esperan obtener sustanciales beneficios de sus acciones, es decir, que el cártel produzca efectos en el mercado, y por consiguiente, en sus clientes. Más en concreto, la Guía Práctica señala lo siguiente:

*(21) Las infracciones pueden dar lugar a un aumento de los precios pagados por los clientes de las empresas infractoras. Entre las infracciones que producen este efecto están las infracciones de cártel del artículo 101 del TFUE, como la fijación de precios, el reparto de mercado o los cárteles que limitan la producción. Los abusos de posición dominante a tenor del artículo 102 TFUE también pueden tener el mismo efecto. El aumento de los precios significa que los clientes que compran el producto o el servicio afectado pagan un precio excesivo. Además, un aumento de los precios puede asimismo dar lugar a una menor demanda y puede conllevar un lucro cesante para los clientes que utilizan el producto en sus propias actividades comerciales.*



Una vez se dicta una resolución por la autoridad de competencia que aprecia que existía un cártel que había actuado en el mercado es razonable esperar, con fundamento en la teoría económica, que dicho cártel ocasionó sobrecostes. Un supuesto distinto es el de los acuerdos que no se han ejecutado, en los que no existirá sobrecoste (Informe OXERA, p. 88).

Basándose en los datos obtenidos, el Informe OXERA concluyó que en el 93 % de todos los asuntos de cártel examinados, los cárteles ocasionan costes excesivos. Esta apreciación resulta más difícil de rebatir cuanto mayor es la duración del cártel, como es el caso.

Y para que existan sobrecostes no es necesario que el cártel alcance su forma más efectiva (actuación conjunta de los cartelistas como un monopolio).

En el supuesto de un cártel y, en general, en las infracciones por el objeto los efectos negativos sobre los precios, producción o innovación en el mercado relevante se pueden presumir (Commission Staff Working Paper que acompaña al Libro Blanco sobre acciones de daños por incumplimiento de las normas de competencia de la Unión Europea, CSWP 2008, 88).

Y a esta conclusión llega la doctrina en relación a acuerdos de fijación de precios o que combinen, por ejemplo, fijación de precios e intercambio de información. Los precios pueden fijarse por otros medios más sutiles, como los intercambios de información a este respecto o del precio que se recomienda que apliquen los distribuidores, y pueden existir acuerdos "explícitos" sobre los incrementos, aunque para la existencia de infracción basta el intercambio de información o la asistencia a reuniones de este tipo (R. Wish y D. Bayley, *Competition Law*, 2012, pp. 523 y 539-543).

De hecho, la duración de la conducta y su extensión muestran que el cártel producía efectos sobre los precios y que los operadores asumían el riesgo derivado de tal conducta por los beneficios que les reportaba.

En cualquier caso tampoco podríamos admitir que un cartel relativo al intercambio de información sobre precios no produzca daño que se proyecte sobre los precios.

Como se destaca en la Comunicación de la Comisión relativa a las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2011/ C 11/01) (74):

*Así pues, los intercambios entre competidores de datos individualizados sobre los precios o cantidades previstos en el futuro deberían considerarse una restricción de la competencia por el objeto a tenor del artículo 101, apartado 1 (58) (59). Además, **los intercambios privados entre competidores relativos a sus intenciones en materia de futuros precios o cantidades se considerarán normalmente carteles y serán multados como tales puesto que, por lo general, tienen por objeto fijar precios o cantidades. Los intercambios de información que constituyen carteles no sólo infringen el artículo 101, apartado 1, sino que además es muy improbable que cumplan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo.** (énfasis añadido)*

Este fin de los intercambios de información sobre precios es al que se refiere la doctrina citada, considerando este tipo de acuerdos como un instrumento de fijación de precios.

Generalmente, la información relativa a precios y cantidades es la más estratégica, seguida por la información sobre los costes y la demanda (86).

La concurrencia de daño provocado por el cártel también debe analizarse desde la perspectiva del comprador indirecto.

Como es obvio, el hecho de que la comercialización de los productos se efectúe a través de la red de distribución del fabricante y los adquirentes finales de los camiones mantengan relación directa con los concesionarios de dicho fabricante no excluye la existencia del daño, consistente en el sobrecoste derivado de los acuerdos ilícitos expuestos. Incluso los descuentos que decidan aplicar los concesionarios con cargo a su margen de distribución se aplican en función de precios ya distorsionados.

En el sector del automóvil resulta notorio que los aumentos de precio de los vehículos se repercuten en la cadena de distribución del propio fabricante, sin perjuicio de los descuentos que decidan en cada caso aplicar los concesionarios sobre sus márgenes comerciales, que dependen siempre del precio de adquisición - de los nuevos precios del fabricante -. Los concesionarios no asumen los incrementos de precios del fabricante. Dicho de otro modo, como norma general, cuando un fabricante incrementa sus precios también se incrementan los precios de los vehículos que venden los concesionarios. En definitiva, la repercusión de los aumentos de precio en la cadena de distribución del fabricante es una práctica comercial generalizada. Esta conclusión puede alcanzarse en nuestro Derecho conforme al principio de normalidad.





En esta situación, en relación a la repercusión de los incrementos de precio, destaca la Comunicación de la Comisión relativa a las Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto (2019/ C 267/07) que (22) la carga de acreditar la existencia y el alcance de dicha repercusión recae en el comprador indirecto que reclame daños y perjuicios al infractor. No obstante añade que (23) la Directiva de daños y perjuicios aborda específicamente las dificultades a las que se enfrentan los compradores indirectos al tratar de obtener compensación por el daño ocasionado por la repercusión de un sobrecoste. Y señala al respecto que el artículo 14, apartado 2, de la Directiva de daños establece una presunción *iuris tantum* conforme a la cual se considera que un demandante (el comprador indirecto) ha acreditado que tuvo lugar una repercusión del comprador directo al comprador indirecto, siempre y cuando el demandante pueda demostrar que se cumplen las siguientes condiciones:

- a) el demandado ha cometido una infracción del Derecho de la competencia de la UE ;
- b) la infracción del Derecho de la competencia de la UE ha tenido como consecuencia un sobrecoste para el comprador directo del demandado; y
- c) el comprador indirecto ha adquirido los bienes o servicios objeto de la infracción del Derecho de la competencia de la UE, o bienes o servicios derivados de aquellos o que los contengan.

Esta presunción puede ser asumida también sin apartarse de las reglas del Derecho nacional y con arreglo al principio de efectividad, aunque no sea aplicable la Directiva de daños.

Cabría pensar en otros supuestos más complejos que dificultasen la aplicación de la regla presuntiva, pero lo cierto es que aquí (i) la repercusión tiene carácter ofensivo (espada) - no defensivo (escudo) -, (ii) se refiere a un producto en sí, no a insumos afectados por un cártel que inciden en el precio del producto adquirido posteriormente del fabricante intermedio por el demandante perjudicado y (iii) la adquisición se efectúa dentro del canal de distribución del propio fabricante infractor - de sus concesionarios -.

La Comisión (CSWP 2008, 219) ya había establecido que la prueba de la repercusión del sobrecoste en el caso de acciones ejercitadas por el comprador indirecto dependía del estándar de prueba de la ley nacional y que la repercusión del sobrecoste y su alcance podría basarse en la presunción de que el sobrecoste que el demandado impuso ilegalmente al comprador directo se ha repercutido en su totalidad hasta su nivel. Ello no obsta a que el demandante deba probar (CSWP 2008, 220) la infracción - aquí no sería necesario por la existencia de una Decisión de la Comisión -, la existencia del sobrecoste inicial y la magnitud de su daño. Es decir, constatado el daño derivado del cártel y el que se produce al comprador indirecto por vía de presunciones, ello no obsta a que dicho daño deba ser cuantificado (y la carga de la prueba reside en el demandante), bien directamente calculando el sobrecoste repercutido o bien cuantificando el sobrecoste y presumiendo la repercusión - si procede, como es el caso, según hemos apreciado -. Analizaremos estos aspectos más adelante al referirnos a la magnitud o cuantificación del daño.

Añade la Comisión que, en particular, cuando en el curso de la cadena de producción / distribución el bien o servicio al que afecta el sobreprecio se utilizó para producir otros bienes o servicios, el reclamante aún tendría que indicar el grado en que los bienes o servicios que compró incorporan el bien o servicio sobrecargado del demandado para demostrar su daño. Por ello señalábamos que existen otros supuestos más complejos que el que aquí nos ocupa.

La Comisión consideró justificada la aplicación de presunciones para facilitar la carga de la prueba del demandante comprador indirecto puesto que, una vez que la víctima ha demostrado que hubo una infracción y un sobrecoste, resulta más equitativo que quien infringió la ley asuma los riesgos derivados de la infracción, y no su víctima (CSWP 2008, 218).

Por ello la Directiva de daños (cdo. 41) establece que en la repercusión al comprador indirecto debe presumirse a menos que el infractor pueda demostrar de manera creíble a satisfacción del órgano jurisdiccional que la pérdida experimentada no se ha transmitido total o parcialmente al comprador indirecto. Esta presunción *iuris tantum* se contempla en el mencionado artículo 14.2 de la Directiva de daños. La citada Comunicación de la Comisión relativa a las Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto desarrolla los aspectos referidos a su cuantificación. Si bien la Guía Práctica se centra en el sobrecoste, las Directrices abordan específicamente con más detalle la repercusión de dicho sobrecoste. La Guía Práctica y las Directrices deben leerse conjuntamente (apartado 3 de las Directrices).

En conclusión, las presunciones pueden establecerse conforme al Derecho nacional y de acuerdo con el principio de efectividad, aunque no resulte aplicable la Directiva a disposiciones sustantivas.





Y debe recordarse que muchos aspectos de la nueva normativa europea formaban ya parte del acervo comunitario o ya estaban amparados en el Derecho nacional y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

#### VI. La cuantificación del sobrecoste.

Como establece la Guía Práctica (166 y 167), el comprador indirecto puede (i) demostrar que hubo un sobrecoste inicial (para ello disponemos de la Guía Práctica) y que ese sobrecoste se le repercutió (y esa repercusión además puede presumirse en determinados casos, como hemos visto) o bien (ii), puede cuantificar directamente el sobrecoste repercutido a su nivel de la misma manera que un cliente directo cuantificaría un sobrecoste inicial (para ello disponemos de la Comunicación de la Comisión relativa a las Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto - 2019/ C 267/07 -). En todo caso, como hemos señalado, la Guía y las Directrices resultan complementarias.

El Libro Verde 2005 destacó las dificultades en la evaluación de los daños (CSWP 2005, 37). La Comisión se propuso ofrecer unos criterios de estimación para el cálculo de los daños que facilitarían el ejercicio de las acciones de responsabilidad y sirvieran de orientación a los tribunales (CSWP 2008, 199). El resultado fue la Guía Práctica que acompaña a la Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 TFUE. Su objetivo es proporcionar asistencia no vinculante para cuantificar los daños en casos antimonopolio, tanto en beneficio de los tribunales nacionales como de las partes (CSWP 2008, 199).

Corresponde al tribunal nacional valorar si el demandante ha acreditado el cumplimiento de los presupuestos que dan lugar a la indemnización.

Estos requisitos no deben hacer prácticamente imposible o excesivamente difícil el derecho a una plena compensación derivada de los daños causados por la infracción de las normas de competencia (principio de efectividad). Este principio excluye que el tribunal, apreciada la conducta infractora, no conceda ninguna indemnización simplemente porque el demandante no puede probar con suficiente precisión la cuantía del daño sufrido ( Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 2006, "Manfredi", apartado 98, y CSWP 2008, 197).

La Comisión fue consciente de las dificultades que puede representar para el demandante la cuantificación de daños. Por ello se refería a las exigencias que impone el principio de efectividad. Los promedios de sobrepuestos en casos de fijación de precios se contemplaban únicamente como auxilio para el ejercicio de las facultades estimativas del tribunal en la cuantificación a fin de evitar requisitos de precisión de gran alcance, no para suplir la cuantificación (CSWP 2008, apartados 199 y 200). Esto coincide con el tratamiento final de estas cuestiones que contempla la Directiva de daños.

No es posible asumir sin más para la cuantificación un promedio derivado de estudios realizados en cárteles en multitud de mercados distintos y con referencias espaciales, temporales y materiales múltiples. Los promedios genéricos no superan el estándar mínimo de prueba que debe exigirse al demandante.

Por esta razón también fue consciente la Comisión, en relación a la concreta prueba del daño, que la reducción del estándar de prueba en las acciones de responsabilidad podría dar lugar a errores judiciales o a abusos de los demandantes (CSWP 2008, 91).

La relevancia en este aspecto del principio de efectividad se desarrolla en la Guía Práctica (17).

La cuantificación del perjuicio en asuntos de competencia está, por su propia naturaleza, sujeta a limitaciones considerables en cuanto al grado de certeza y precisión que puede esperarse. Las disposiciones nacionales aplicables y su interpretación deben reflejar estas limitaciones inherentes en la cuantificación del daño en demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 y 102 TFUE de acuerdo con el principio de efectividad del Derecho de la UE.

En consecuencia, no es posible desestimar la demanda por el hecho de que se considere que el informe pericial aportado por la parte demandante no resulta óptimo o suficientemente preciso para determinar el sobrepuesto sufrido por la demandante, es decir, que presente carencias de diverso tipo (amplitud o alcance de la muestra, variables aplicadas, método empleado, etc.)

Es en este contexto en el que resulta factible acudir a las facultades estimatorias que, sobre la base de la aproximación efectuada en el informe pericial aportado por la parte demandante, permita corregir sus posibles deficiencias.



Lo que no resulta admisible es acudir sin más a un porcentaje genérico aplicable a cualquier cártel derivado de un estudio que analiza una multitud de cárteles y desconectado de los hechos concretos objeto de las actuaciones.

Sin necesidad de informe pericial, bastaría la cita del estudio en cuestión, con la consecuencia de resultar una reducción del estándar de prueba de tal magnitud que serviría para imponer una especie de cuantía mínima de daños derivados de la infracción aplicable con carácter universal, por supuesto sin base legal alguna.

Esto supondría alterar los presupuestos del régimen de responsabilidad derivado de daños por infracciones del Derecho de la Competencia, consagrando, no ya una inversión de la carga de la prueba, sino una auténtica exoneración de prueba para el demandante, que únicamente debería remitirse al estudio "tipo".

Se explica así la observación de la Comisión en relación a la necesaria exigencia de un estándar de prueba mínimo que evite errores o abusos.

Como hemos señalado, la cuantificación debe sustentarse en una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables - STS de 7 de noviembre de 2013, FJ 7.3 -.

Por ello no deben confundirse las facultades estimativas con el estándar mínimo de prueba. Las facultades estimativas son aplicables para corregir el problema que representa la aproximación a la cuantía de los daños en los informes periciales, pero no exoneran al demandante de ofrecer una valoración de los daños al menos aproximativa y razonable - aunque no resulte precisa o se introduzcan variables necesariamente hipotéticas - de acuerdo con los hechos que sustentan la infracción, aplicando alguno de los métodos aceptados en la teoría económica.

La Guía Práctica expone una serie de métodos y técnicas que se han desarrollado en la economía y la práctica jurídica para establecer un escenario de referencia adecuado y estimar el valor de la variable económica de estudio. Una vez estimado el valor de la variable económica pertinente en el escenario sin infracción hipotético es necesaria su comparación con las circunstancias reales para cuantificar el perjuicio causado por la conducta anticompetitiva.

No puede admitirse que se prescinda de cualquier método para sustituirlo por un porcentaje aplicado a escala universal a cualquier cártel.

El Informe OXERA ("Quantifying antitrust damages", 2009, pg. 90) hace referencia al estudio Connor y Lande, y señala que los porcentajes medios que aprecia para todo tipo de cártel son del 20% del precio del cártel. El estudio Connor y Lande (2008) apreció una media de sobreprecio en cárteles nacionales entre el 17 y el 19%, como señala el Informe OXERA (pg. 91, nota 142). OXERA efectúa su propio análisis y establece que la mayor parte de las observaciones se encuentran en un rango entre el 10 y el 20%, y que la media que obtienen es del 18%, añadiendo que no se encuentra muy alejada del 20% apreciado por Connor y Lande. Las conclusiones de este Informe OXERA concuerdan con las de otros estudios empíricos disponibles (Guía Práctica, 144).

Cuestión distinta es que este tipo de informes puedan ser valorados a fin de presumir la existencia de daños derivados de un cártel - pero no para fijar una cuantificación indemnizatoria al margen de cualquier análisis del caso concreto y de cualquier método -.

Precisamente la Guía Práctica, al referirse al Informe OXERA (145), destaca que las conclusiones del estudio "no sustituyen a la cuantificación del perjuicio específico sufrido por los demandantes en un asunto concreto". Y añade que, no obstante, este conocimiento empírico ha servido a los tribunales para presumir la existencia de sobrecostes y un impacto negativo sobre los precios. Es decir, se trata de estudios empíricos que permiten concluir que el cártel incide sobre los precios y que por lo tanto produce un daño al demandante, pero que no sustituyen a la necesaria cuantificación.

Esta observación corrobora la prevención de la Comisión a la que hacíamos referencia (CSWP 2008, 91) sobre la necesidad de exigir un mínimo estándar de prueba. Y corrobora igualmente que no debe confundirse ese mínimo estándar probatorio con las facultades estimativas del tribunal, que deben partir de una aproximación razonable a la cuantificación de los daños, aunque dicha aproximación presente deficiencias que deban ser corregidas o completadas.

Finalmente, el artículo 17.1 de la Directiva de daños reserva las facultades estimativas del órgano jurisdiccional para determinar el importe de los daños a los supuestos en los que al demandante le resulta "prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar con precisión los daños y perjuicios sufridos sobre la base de las pruebas disponibles". El fundamento de las facultades estimativas se explica en el cdo. 46. Dada la asimetría de información entre las partes y el hecho de que cuantificar el perjuicio requiere evaluar cómo habría evolucionado el mercado en cuestión de no haber sido por la infracción - que supone una comparación con una situación por sí hipotética, por lo que nunca puede hacerse con precisión - se garantiza que los



órganos jurisdiccionales estén facultados para hacer una estimación del importe del perjuicio ocasionado por la infracción. Se evita así que la desestimación de la demanda se justifique en que la cuantificación no es lo suficientemente precisa.

Y el artículo 12, apartado 5, de la Directiva de daños y perjuicios exige específicamente a los Estados miembros que velen por que los órganos jurisdiccionales nacionales estén facultados para calcular, con arreglo a los procedimientos nacionales, qué cuota del sobrecoste se repercutió. Dicha facultad abarca todos los efectos de la repercusión, es decir, el efecto precio y el efecto volumen. Todo ello emana de lo dispuesto en el artículo 17, apartado 1, de la Directiva de daños y perjuicios, que se aplica en términos más generales a la cuantificación del perjuicio (apartado 30 de las Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto).

Como destaca el apartado 35 de las Directrices, esto implica que, en la práctica, los órganos jurisdiccionales nacionales a menudo tendrán que basarse en "supuestos", es decir, en precios, volúmenes de ventas o beneficios hipotéticos. Pueden tener amplias facultades discrecionales, tanto en cuanto a las cifras como a los datos estadísticos que elijan y, sobre todo, al modo en que los utilicen para el cálculo y la evaluación de los daños.

Y las citadas conclusiones del Abogado General en el asunto C-267/20 (75) siguen la misma línea de interpretación expuesta:

*Asimismo, cabe señalar que, contrariamente al artículo 17, apartado 2, de la Directiva 2014/104, el artículo 17, apartado 1, de esta no retira la carga de la prueba ni la obligación principal que incumbe a la parte demandante de cuantificar y probar el importe del perjuicio sufrido. La mencionada disposición se limita a proporcionar únicamente a los órganos jurisdiccionales nacionales un método de cuantificación del importe del perjuicio, ofreciéndoles un margen de apreciación que les permita ajustar los estándares de prueba necesarios a efectos de la determinación del importe del perjuicio y aceptar, por tanto, un nivel de prueba inferior respecto del que normalmente se exige, cuando los demandantes tienen dificultades para cuantificar con precisión el perjuicio causado.*

En conclusión, estas facultades de estimación del tribunal no exoneran al demandante de un estándar mínimo de prueba sobre el específico daño sufrido - por imprecisa que resulte la cuantificación -, lo que excluye que dicha cuantificación se sustente sin más en un porcentaje medio de sobrecoste obtenido de estudios referidos a una muestra de cárteles. Desde otra perspectiva, la facultad para calcular significa que los órganos jurisdiccionales nacionales no pueden desestimar alegaciones de repercusión simplemente porque una parte no esté en condiciones de cuantificar con precisión los efectos de la repercusión (apartado 33 de las Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto). Lo mismo cabe señalar de la cuantificación del sobrecoste. La falta de precisión no es motivo para rechazar la pretensión indemnizatoria.

Pero las facultades de estimación - bien se acuda a la Directiva de Daños o al Derecho nacional, de acuerdo con el principio de efectividad - no suponen eludir el estándar mínimo de prueba exigible al demandante de manera que el tribunal acabe por aplicar directamente tal o cual porcentaje según estudios genéricos o acuda al arbitrio judicial.

Por último, no son aplicables en este ámbito valoraciones meramente basadas en la equidad - artículo 3.2 Cc -. Como señala la Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2013/ C 167/07) (8) "El Derecho nacional determina además en qué medida y de qué manera están habilitados los órganos jurisdiccionales para cuantificar el perjuicio sufrido sobre la base de las estimaciones más aproximadas o recurrir a consideraciones de equidad."

En todo caso, el artículo 78.2 del RDL 9/2017 establece que los tribunales estarán facultados para calcular "con arreglo a derecho" la parte del sobrecoste repercutido.

La aplicación de un porcentaje genérico sobre la base del trabajo realizado por Ramón en julio de 2012 en el que se analizan las estimaciones de los sobrecostes producidos por 191 cárteles en Europa y en el que se establece que el sobrecoste medio observado en dichos cárteles es igual al 20,70% no sirve para cuantificar el daño en el caso concreto. Esa muestra no guarda relación alguna con los hechos objeto de la infracción. Debemos aclarar que la aplicación final en el informe del 17,1% al precio de los vehículos pagados por los demandantes se refiere únicamente a la forma de expresión del sobrecoste.

Dado que no se ha acreditado una cuantificación del daño que resulte al menos una aproximación aceptable para estimar su importe, procede la desestimación de la demanda y, con ello, la desestimación del recurso, si bien por las razones expuestas en la presente resolución.



No cabe efectuar expresa imposición de las costas del recurso, pese a su desestimación, puesto que resulta necesario aplicar conceptos jurídicos indeterminados sobre los que en este supuesto concreto no disponemos de jurisprudencia consolidada.

## FALLAMOS

**DESESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por D. Eduardo y D<sup>a</sup> Adoracion contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. Doce de Madrid en el proceso del que dimanar las actuaciones, y cuya parte dispositiva se transcribe en los antecedentes y, en consecuencia, confirmamos dicha resolución, sin efectuar expresa imposición de las costas derivadas del recurso.

Se decreta la pérdida del depósito en su caso constituido por la parte apelante, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta LOPJ.

Remítanse los autos originales al Juzgado de lo Mercantil, a los efectos pertinentes.

La presente resolución no es firme y podrá interponerse contra ella ante este tribunal recurso de casación de concurrir interés casacional y también, conjuntamente, el recurso extraordinario por infracción procesal, en el plazo de veinte días a contar desde el día siguiente al de su notificación, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta LOPJ. De dichos recursos conocerá la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ( Disposición Final 16<sup>a</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Así, por ésta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.