



Roj: **STS 2478/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2478**

Id Cendoj: **28079110012023100849**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/06/2023**

Nº de Recurso: **5813/2020**

Nº de Resolución: **942/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MARIA DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL/5813/2020

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 5813/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 942/2023

Excmos. Sres.

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

En Madrid, a 13 de junio de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia n.º 577/2020, de 27 de julio, dictada en grado de apelación por la Sección n.º 5 de la Audiencia Provincial de Zaragoza, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 145/2018 del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Zaragoza, sobre indemnización de daños causados por infracción del Derecho de la competencia.

Es parte recurrente MAN SE (en la actualidad TRATON SE), representado por el procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira y bajo la dirección letrada de D. Fernando Mingo de Vierna y D.^a Beatriz García Gómez, que asiste el día de la vista.

Es parte recurrida Hermanos Bailón, S.L., representada por el procurador D. Salvador Alamán Forniés (sustituido en el acto de la vista por el procurador D. Fernando Gala Escribano) y bajo la dirección letrada de D. Jorge Vilarrubí Llorens (sustituido en el acto de la vista por la abogada D.^a M.^a Concepción Guelbenzu Lapresta).

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. José Salvador Alaman Fornies, en nombre y representación de Hermanos Bailón, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra MAN SE, en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

"[...] estimando íntegramente la demanda:

"a) Se declarara que la entidad mercantil demandada MAN SE es responsable de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la infracción única y continuada del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la

Unión Europea y del artículo 53 del Acuerdo EEE, declarada por la decisión de la Comisión Europea de fecha 19 de julio de 2016 en el Asunto AT.39824-**Camiones**.

"b) Se declarara que los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de dicha infracción de las normas de competencia ascienden a la cantidad de setenta y dos mil ochocientos catorce euros con once céntimos (72.814,11 €).

"c) Se condenara a la demandada a pagar dicha cantidad de setenta y dos mil ochocientos catorce euros con once céntimos (72.814,11 €).

"d) Se condenara a la demandada a pagar los intereses devengados por dicha cantidad desde la interposición de la demanda.

"e) Se condenara al pago de las costas".

2.- La demanda fue presentada el 4 de abril de 2018 y, repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Zaragoza, fue registrada con el n.º 145/2018. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. José Luis Isern Longares, en representación de MAN SE, contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Zaragoza dictó la sentencia n.º 116/2019, de 14 de junio, con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando la excepción planteada de prescripción desestimo la demanda interpuesta por la sociedad HERMANOS BAILÓN, SL, representada por el procurador Sr. Alamán Forniés contra la COMUNIDAD AUTONOMA DE ARAGON mercantil contra la mercantil MAN SE, representada por el procurador Sr. Isern Longares y absuelvo a la parte demandada de los pedimentos efectuados en su contra.

"Sin especial pronunciamiento en costas".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Hermanos Bailón S.L. La representación de MAN SE se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección N.º 5 de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que lo tramitó con el número de rollo 1024/2019 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia n.º 577/2020, de 27 de julio, cuyo fallo dispone:

"1. Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por Hermanos Bailón S.L. y revocamos la sentencia apelada.

"2. En su lugar, estimamos parcialmente la demanda interpuesta por Hermanos Bailón S.L.

"3. Declaramos que MAN SE es responsable de los perjuicios derivados de la infracción del artículo 101 TFUE recogida en la Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016.

"4. Condenamos a MAN SE a pagar la cantidad de 20.878,82 euros, más los intereses legales desde la fecha de la interposición de la demanda.

"5. Sin costas en ninguna de las instancias.

"6. Dese al depósito el destino legal".

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

1.- El procurador D. José Luis Isern Longares, en representación de MAN SE, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"PRIMERO. Al amparo del artículo 469.1 4º LEC, al haber infringido la Sentencia el artículo 386 LEC. La Sentencia ha declarado que debe presumirse que la conducta anticompetitiva provocó un incremento de los precios de venta de vehículos a clientes finales, pese a haber constatado previamente que la conducta consistió en intercambios de información sobre precios brutos, y pese a haber constatado la existencia de fases específicas de negociación de precios.

"SEGUNDO. Al amparo del artículo 469.1 4º LEC, al haber infringido la Sentencia recurrida el artículo 386 LEC. La Sentencia ha señalado que cabe establecer una presunción de que las conductas anticompetitivas

producen daños, sobre la base del Informe Oxera, cuando el mismo ha reconocido que un número significativo de conductas anticompetitivas no produce efecto alguno.

"TERCERO. Al amparo del artículo 469.1 4º LEC, al haber infringido la Sentencia recurrida el artículo 24.1 CE, al haber efectuado una valoración de la prueba arbitraria e ilógica. La Sentencia ha declarado que el informe del perito Mario permite confirmar la existencia de daño, a pesar de que dicho Informe no ha efectuado ningún análisis de la conducta objeto de la Decisión.

"CUARTO. Al amparo del artículo 469.1 2º LEC, al haber infringido la Sentencia recurrida el artículo 217.1 LEC, puesto que ha estimado parcialmente la demanda y ha otorgado una indemnización por daños y perjuicios a la parte actora, pese a haber declarado que la parte actora no ha aportado prueba suficiente para demostrar la cuantía del supuesto perjuicio.

"QUINTO. Al amparo del artículo 469.1 2º LEC, al haber infringido la Sentencia el artículo 216 LEC, dado que ha efectuado una cuantificación de los daños y perjuicios al margen de la prueba practicada en el procedimiento.

"SEXTO. Al amparo del artículo 469.1 2º LEC, al haber infringido la Sentencia el artículo 217.2 LEC, al haber invertido la carga de la prueba sobre la base de una aplicación equivocada de los principios de disponibilidad y facilidad probatoria.

"SÉPTIMO. Al amparo del artículo 469.1 2º LEC, por infracción del artículo 218.2 LEC, dado que la estimación del supuesto perjuicio en un porcentaje del 5% es el resultado de una motivación manifiestamente irrazonable.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"PRIMERO. Al amparo del artículo 477.2 3º LEC. La Sentencia ha infringido el artículo 1902 del Código Civil, al establecer que, en las acciones de responsabilidad extracontractual basadas en infracciones del Derecho de la Competencia, debe presumirse la existencia de daño. Oposición a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera.

"SEGUNDO. Al amparo del artículo 477.2 3º LEC. La Sentencia ha infringido el artículo 101 TFUE, dado que ha establecido una presunción de existencia de daño sobre la base del apartado 85 de la Decisión, que manifestó que cabía presumir que la conducta tenía efectos apreciables sobre el comercio. El análisis sobre la posible afectación al comercio entre Estados miembros tiene el único propósito de determinar si resulta aplicable el artículo 101 TFUE o la normativa nacional de competencia.

"TERCERO. Al amparo del artículo 477.2 3º LEC. La Sentencia ha aplicado incorrectamente la doctrina "ex re ipsa", en contra de la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera. La doctrina "ex re ipsa" no puede ser aplicada para establecer una presunción de existencia de daño en determinadas categorías de conductas antijurídicas. Adicionalmente, dicha doctrina solo puede ser aplicada en aquellos casos en que los daños se deduzcan necesaria y fatalmente de la conducta antijurídica, lo que no sucede en las conductas objeto de la Decisión.

"CUARTO. Al amparo del artículo 477.2 3º LEC. La Sentencia ha infringido el artículo 3.2 CC, al haber utilizado la equidad para resolver la controversia, pese a que no existía una ley que le habilitara para actuar en ese sentido. Oposición a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera.

"QUINTO. Al amparo del artículo 477.2 3º LEC. La Sentencia ha infringido la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera, establecida por la sentencia número 651/2013, de 7 de noviembre. La Sentencia ha manifestado que la sentencia número 651/2013 estableció una presunción de existencia de daño y una inversión de la carga de la prueba en supuestos de conductas anticompetitivas. Sin embargo, la sentencia número 651/2013 resolvió la controversia partiendo de que la parte actora tenía la carga de la prueba sobre la existencia y la cuantía del daño".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, posteriormente se dictó auto de fecha 21 de septiembre de 2022, que admitió los recursos y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- La representación de Hermanos Bailón, S.L. se opuso a los recursos.

4.- Al no solicitarse por las partes la celebración de vista pública se señaló inicialmente para votación y fallo el 19 de enero de 2023, si bien mediante providencia de 9 de enero de 2023 se dejó sin efecto dicho señalamiento hasta la resolución por TJUE de la petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Valencia que dio lugar a la sentencia de 16 de febrero de 2023, C-312/21. Tras la publicación de dicha sentencia se dio traslado a ambas partes para alegaciones.

La representación de Hermanos Bailón, S.L. y la representación de TRATON SE formularon alegaciones.

5.- Por providencia de 3 de marzo de 2023 se señaló para la vista el 10 de mayo de 2023, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1.- Para la resolución del presente recurso resultan relevantes los siguientes antecedentes de hecho acreditados en la instancia:

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

ii) La demandada en este procedimiento, MAN SE, está incluida entre los destinatarios de esa Decisión.

iii) La sociedad Hermanos Bailón, S.L. adquirió entre 1999 y 2003, mediante contratos de arrendamiento financiero, los siguientes **camiones** de la marca MAN: 1 modelo 18.480 FALS; 2 modelo 33.363 FDAK; y 2 modelo 33.363 DFAK.

No es objeto de discusión ahora que la actora adquirió estos vehículos dentro del periodo de cartelización, en el área geográfica de influencia del **cártel**, y que dichos vehículos pertenecían a las categorías incluidas en la infracción anticompetitiva (**camiones** "medios" y "pesados").

2.- El 4 de abril de 2018, Hermanos Bailón, S.L. presentó una demanda contra MAN SE en la que solicitaba: (i) la declaración de que la demandada es responsable de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la infracción única y continuada de los arts. 101 TFUE y 53 del Acuerdo EEE, declarada por la Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016 en el Asunto AT.39824-**Camiones**; (ii) la declaración de que los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de dicha infracción de las normas de competencia ascienden a la cantidad de 72.814,11 euros; (iii) y la condena a la demandada a pagar dicha cantidad y los intereses devengados desde la demanda.

3.- El juzgado de primera instancia desestimó la demanda. Tras apreciar la legitimación pasiva de MAN SE, consideró prescrita la acción al haber transcurrido más de un año desde la publicación de la nota de prensa de la Decisión de la Comisión (19 de julio de 2016) hasta la interposición de la demanda (4 de abril de 2018).

4.- La demandante apeló la sentencia de primera instancia y la Audiencia estimó en parte el recurso. Declaró que MAN SE era responsable de los perjuicios derivados de la infracción del art. 101 TFUE declarada por la Decisión de la Comisión, la condenó al pago de una indemnización de 20.878,82 euros, más los intereses legales desde la demanda, sin imposición de costas a ninguna de las partes. En relación con lo que ahora interesa, la Audiencia razonó:

(i) Normativa aplicable.

Considera que "el demandante, como afectado por el llamado "**cártel** de los **camiones**", pueda reclamar los daños y perjuicios sufridos de acuerdo con el artículo 101 del TFUE y por la vía de la responsabilidad extracontractual ex artículos 1902 y 1903 CC".

(ii) Responsabilidad extracontractual (art. 1902 CC). Efectos de la Decisión de la Comisión:

(a) Acción u omisión ilícita: analiza el contenido de la Decisión, y concluye que "la fijación de precios brutos tuvo que tener necesariamente incidencia en la determinación de los precios netos o de venta al destinatario final de los **camiones**, salvo que se demuestre lo contrario".

(b) Existencia del daño: Con cita de la sentencia de esta sala de 7 de noviembre de 2013 y del Informe Oxera 2009, y tras recordar los efectos vinculantes de la Decisión de la Comisión, estima que "acreditada la

existencia de un **cártel** que tenía por objeto restringir la competencia respecto a los precios de los **camiones**, se puede presumir en un grado próximo a la certeza que ello ha supuesto la existencia de un sobre coste o coste excesivo".

(c) Cuantificación del daño. Tras haber concluido la falta de idoneidad de los informes periciales de la actora para la determinación de la extensión del daño, señala que la demandada no ha aportado una valoración alternativa, pudiendo hacerlo (art. 217.7 LEC); y tras reseñar la STJUE de 5 de junio de 2014 (caso *Kone*), en relación con el principio de efectividad de los arts. 101 y 102 TFUE, fija el daño en el 5% del precio de adquisición.

Desestima la alegación de la demandada basada en el "passing on", al estimar que, conforme al art. 217.3 LEC, la falta de su prueba perjudica al demandado.

(d) Intereses. Reseña la doctrina de la STJUE de 13 de julio de 2006 (asunto *Manfredi*) y la Guía práctica, afirma que se trata de una deuda de valor al tratarse de una deuda resarcitoria y que, por tanto, el principio de la *restitutio in integrum* exige fijar los intereses desde el momento de la compra de los vehículos. No obstante, concede los intereses devengados desde la interpelación judicial, conforme a lo solicitado en la demanda.

5.- MAN SE ha interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal, articulado en siete motivos, y otro recurso de casación, basado en cuatro motivos, que han sido admitidos.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- *Motivos primero y segundo: prueba de presunciones*

1.- Planteamiento. Los dos motivos denuncian desde distintos puntos de vista una misma infracción legal, razón por la cual son analizados conjuntamente.

El *primer motivo* de infracción procesal, formulado al amparo del art. 469.1.4.º LEC, denuncia la vulneración del art. 386.1 LEC.

En su desarrollo se argumenta que la sentencia de la Audiencia ha declarado que debe presumirse que la conducta anticompetitiva provocó un incremento de los precios de venta de vehículos a clientes finales, pese a haber constatado previamente que la conducta consistió en intercambios de información sobre precios brutos, y pese a haber verificado la existencia de fases específicas de negociación de precios; que la sentencia impugnada ha efectuado una valoración arbitraria de la Decisión de la Comisión, puesto que ha establecido una conclusión sobre los efectos en el mercado de la conducta anticompetitiva que no guarda correspondencia con la descripción que de dicha conducta efectúa la Decisión, pues si la Decisión ha constatado que la conducta consistió en un intercambio de información sobre precios brutos, y si en el mercado de **camiones** existen varias fases de negociación de precios, no resulta posible concluir que los precios de venta necesariamente se vieron incrementados, hasta el punto de establecer una presunción de existencia de daño.

El *segundo motivo* de infracción procesal, formulado también al amparo del art. 469.1.4.º LEC, denuncia también la contravención del art. 386.1 LEC.

En su desarrollo se aduce que la Audiencia ha vulnerado ese precepto porque ha apreciado que cabe establecer una presunción de que las conductas anticompetitivas producen daños sobre la base de estudios (en particular el informe *Oxera* de 2009) que analizan una pluralidad de episodios de conductas anticompetitivas, cuando dichos estudios han reconocido que un número significativo de conductas anticompetitivas (que cifra en el 7% de los casos) no produce efecto alguno, de donde colige la recurrente que no cabe apoyarse en las conclusiones de ese informe para presumir la existencia de daño derivada de un ilícito concurrencial. De forma que, a su juicio, no puede aplicarse al caso litigioso el art. 386 LEC, pues "no existe un enlace preciso y directo entre los informes analizados por la Sentencia y la presunción de existencia de daño".

2.- Resolución de la sala. Procede desestimar ambos motivos por las razones que exponemos a continuación.

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

Como recuerda la sentencia 366/2022, de 4 de mayo, las presunciones judiciales del art. 386 LEC no suponen una inversión de la carga de la prueba, ni entran en contradicción con las normas que atribuyen las consecuencias de la falta de prueba. Lo que comportan y determinan esas presunciones es la aplicación de la regla de la dispensa de prueba del hecho presunto por la certeza que alcanza el tribunal sobre ese hecho,

a la vista del hecho admitido o probado y del enlace preciso y directo entre uno y otro, según las reglas de la sana crítica.

Sobre estas bases, cabe advertir lo siguiente: que en este caso, por razones temporales, no resulte de aplicación la presunción *iuris tantum* de daño que establece el art. 17.2 de la Directiva y el art. 76.3 LDC que lo traspone ("se presumirá que las infracciones calificadas como **cártel** causan daños y perjuicios, salvo prueba en contrario"), no impide la aplicación de la presunción judicial de daño si se cumplen los requisitos del art. 386 LEC.

De tal manera que, sin perjuicio de lo que resolveremos al tratar el recurso de casación, no puede considerarse que la Audiencia Provincial haya infringido dicho precepto si a partir de una serie de hechos, entre los que se encuentra el que se desprende de una interpretación de la Decisión que permite afirmar que hubo acuerdo colusorio sobre fijación de precios (hecho base), deduce racionalmente que debió haber un daño económico como contrapartida al beneficio obtenido por los cartelistas.

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

TERCERO.- Motivo tercero: valoración arbitraria e ilógica de la prueba

1.- Planteamiento. El motivo se formula al amparo del art. 469.1 4º LEC, y denuncia la vulneración del art. 24.1 CE.

Al desarrollar el motivo se aduce que la Audiencia ha efectuado una valoración de la prueba arbitraria e ilógica, pues ha declarado que el informe del perito Mario permite confirmar la existencia de daño, a pesar de que dicho informe no ha efectuado ningún análisis de la conducta objeto de la Decisión, ni ha analizado de qué forma un intercambio de información sobre precios brutos podría potencialmente haber influido en los precios de venta de vehículos a los clientes finales.

2.- Resolución de la sala. El motivo se desestima por las razones que exponemos a continuación.

El planteamiento del motivo exige determinar si la valoración de la prueba pericial fue arbitraria e ilógica y, en consecuencia, ha comportado o no un error en la valoración realizada en la instancia de la prueba y una incorrecta fijación de los hechos controvertidos. El recurso por infracción procesal no puede convertirse en una tercera instancia. Para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso de esta naturaleza, con fundamento en el art. 469.1.4º LEC, debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. En las sentencias de esta sala 418/2012, de 28 de junio, 262/2013, de 30 de abril, 44/2015, de 17 de febrero, 303/2016, de 9 de mayo, 411/2016, de 17 de junio, 208/2019, de 5 de abril, 141/2021, de 15 de marzo, 59/2022, de 31 de enero, y 391/2022, de 10 de mayo (entre otras muchas), tras reiterar la excepcionalidad de un control, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de segunda instancia, recordamos que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia a estos efectos, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico, - material o de hecho -, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

3.- La valoración de las pruebas periciales es función soberana y exclusiva de los juzgadores que conocen en la instancia, que no es verificable en el recurso extraordinario, salvo que se conculque el art. 24.1 de la Constitución por incurrirse en error de hecho palmario, o se desconozcan o falseen las conclusiones del perito.

La sentencia de esta sala 309/2005, de 29 abril, a la que se remite la sentencia 460/2016, de 5 de julio, recoge una reiterada jurisprudencia en el sentido de que, como no existen reglas legales preestablecidas que rijan el criterio estimativo de la prueba pericial, ni las reglas de la sana crítica están catalogadas o predeterminadas, la conclusión que resulta es, en principio, la imposibilidad de someter la valoración de la prueba pericial a la verificación casacional. Excepcionalmente, cabrá la revisión cuando en los informes de los peritos o en la valoración judicial se aprecie un error patente, ostensible o notorio, cuando se extraigan conclusiones contrarias a datos fácticos evidentes, se efectúen apreciaciones arbitrarias o contrarias a las reglas de la común experiencia, se tergiversen las conclusiones periciales de forma ostensible, se falseen arbitrariamente sus dictados o se aparten del propio contexto del dictamen pericial (sentencias 58/2010, de 19 febrero; 28/2013, de 30 de enero; 163/2016, de 16 de marzo; y 460/2016, de 5 de julio, entre otras).

4.- Como hemos señalado en la sentencia del pleno de esta sala 141/2021, de 15 de marzo:

"Las reglas de la sana crítica no son normas que se encuentren codificadas, sino que están conformadas por las más elementales directrices de la lógica humana. Comprenden las máximas o principios derivados

de la experiencia, obtenidos de las circunstancias y situaciones vividas a través de la observación de hechos, conductas y acontecimientos. Implican un sistema de valoración racional y razonable de la actividad probatoria desplegada en el proceso, que permite efectuar un juicio prudente, objetivo y motivado, de corroboración de las afirmaciones fácticas efectuadas por las partes mediante el examen de las pruebas propuestas y practicadas, todo ello con la finalidad de huir de los riesgos derivados del acogimiento de meras hipótesis intuitivas o conclusiones valorativas absurdas, y prevenir, de esta forma, decisiones arbitrarias.

"La sana crítica se concibe pues como un sistema integrado por las reglas de la lógica, de la ciencia y de la experiencia, entendida la primera de ellas como sistema que permite verificar la corrección de los razonamientos humanos, con sometimiento a las pautas por las que debe discurrir el pensamiento condigno al ejercicio de la función jurisdiccional. La valoración probatoria llevada a efecto por medio de tales reglas exige que no conduzca al absurdo como límite infranqueable de la lógica jurídica. En definitiva, lo que se pretende es la consagración de una concepción racionalista de la valoración de la prueba, que permita dictar una sentencia motivada que adopte una decisión justificada conforme a los postulados de la razón".

5.- Desde esta perspectiva, en las sentencias 320/2016, de 17 de mayo, 615/2016, de 10 de octubre, 471/2018, de 19 de julio, 141/2021, de 15 de marzo, y 514/2023, de 18 de abril, hemos referenciado algunos de los elementos de juicio que deben ponderar los tribunales a los efectos de valorar las pruebas periciales conforme a los postulados de la sana crítica, tales como el análisis de los razonamientos que contengan los dictámenes, las conclusiones conformes y mayoritarias, el examen de las operaciones periciales que se hayan llevado a cabo, los medios o instrumentos empleados y los datos en los que se sustenten los informes, la competencia profesional de los peritos, así como todas las circunstancias que hagan presumir su objetividad. Asimismo, en la sentencia 706/2021, de 19 de octubre, a los efectos de delimitar el ámbito de la función jurisdiccional en la apreciación de los informes periciales, indicamos que:

"Los dictámenes de tal clase aportan la información oportuna para que los tribunales de justicia adopten la decisión correspondiente, ya que son éstos y no aquellos equipos, a los que compete, de forma exclusiva, el ejercicio de la jurisdicción.

"La sentencia de esta Sala de 5 de enero de 2007 (rec. 121/2000), delimita los recíprocos ámbitos de actuación de juez y perito, sentando como pautas: a) que la función del perito es la de auxiliar al Juez, sin privar a éste de su facultad, dimanante de la potestad judicial de valorar el dictamen presentado; b) que, en tal función, el juzgador está sujeto al principio constitucional de proscripción de la arbitrariedad, al mandato legal de respetar las reglas de la lógica y a la obligación de motivar las sentencias".

6.- Pues bien, la sentencia recurrida no incurre en errores o defectos de tal naturaleza. Tiene en cuenta los informes periciales presentados por ambas partes y distingue debidamente entre ellos, y realmente no opta por dar mayor valor a un informe (el de la demandante) sobre el otro (el de la demandada), sino que parte de la base de que ambos resultan insuficientes para la cuantificación del perjuicio económico sufrido por la empresa actora y acude al método de estimación judicial del daño. La apreciación de la existencia del daño la colige a la vista del análisis del contenido que hace de la Decisión de la Comisión y del Informe Oxera de 2009, al que se refiere la Guía Práctica de la Comisión, concluyendo a la vista de ese conjunto de elementos que "la fijación de precios brutos tuvo que tener necesariamente incidencia en la determinación de los precios netos o de venta al destinatario final de los **camiones**, salvo que se demuestre lo contrario", y por ello estima que "acreditada la existencia de un **cártel** que tenía por objeto restringir la competencia respecto a los precios de los **camiones**, se puede presumir en un grado próximo a la certeza que ello ha supuesto la existencia de un sobrecoste o coste excesivo".

Sin que ello suponga infracción de las normas sobre la valoración de la prueba pericial, ni error patente o arbitrariedad en dicha valoración.

CUARTO.- *Motivo cuarto, quinto y sexto: carga de la prueba y principio dispositivo*

1.- *Planteamiento.* En atención a la estrecha relación jurídica y lógica existente entre los tres motivos, los analizaremos conjuntamente.

El motivo cuarto se formula al amparo del art. 469.1 2º LEC, por infracción del art. 217.1 LEC.

El recurrente, sintéticamente, alega como fundamento del motivo que la sentencia impugnada ha vulnerado este precepto al haber estimado parcialmente la demanda y haber otorgado una indemnización por daños y perjuicios a la parte actora (que fija en el 5% del precio de adquisición), pese a haber declarado que la parte actora no ha aportado prueba suficiente para demostrar la cuantía del supuesto perjuicio.

El motivo quinto, formulado al amparo del art. 469.1.2º LEC, denuncia la infracción del art. 216 LEC.

En resumen, la recurrente razona que la Audiencia ha realizado una cuantificación de los daños y perjuicios al margen de la prueba practicada en el procedimiento, lo que considera que no es posible tampoco en los casos de estimación judicial del daño.

El motivo sexto, se ampara en el mismo art. 469.1.2º LEC, y se funda en la contravención del art. 217.2 LEC.

En su desarrollo, se argumenta que la Audiencia ha invertido la carga de la prueba sobre la base de una aplicación equivocada de los principios de disponibilidad y facilidad probatoria. Razona que "una situación de dificultad probatoria, que justifique la aplicación del artículo 217.7 LEC, únicamente existiría en el caso de que el perito de la parte actora hubiera elaborado un Informe Pericial técnicamente fundamentado, pero que no hubiera podido cuantificar el perjuicio como consecuencia de circunstancias objetivas, no relacionadas con los métodos o procedimientos de cálculo utilizados. Dicha situación no concurre en este caso".

2.- Resolución de la sala. Debemos desestimar los tres motivos según resulta de la fundamentación que se expone a continuación.

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

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

3.- Solo se infringe el mencionado art. 217 LEC si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía la carga de la prueba según las reglas establecidas en el art. 217 LEC y desarrolladas por la jurisprudencia (por todas, sentencias 244/2013, de 18 de abril, y 484/2018, de 11 de septiembre).

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

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

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

Por las mismas razones expuestas no cabe apreciar una infracción del principio dispositivo del art. 216 LEC.

QUINTO.- Motivo séptimo: proscripción de la motivación manifestamente irrazonable

1.- Planteamiento. El séptimo motivo se formula al amparo del art. 469.1 2º LEC, por infracción del art. 218.2 LEC.

Al desarrollar el motivo, la parte recurrente aduce, sintéticamente, que la Audiencia Provincial resuelve teniendo en cuenta "la dificultad probatoria y el desequilibrio de la posición de las partes", dificultad que, a juicio de la recurrente, únicamente podría ser tenido en cuenta para decidir la forma de aplicar las normas de la carga de la prueba en el caso concreto, con arreglo al art. 217.7 LEC; pero la Audiencia habría utilizado esa supuesta dificultad probatoria como un criterio de cuantificación del perjuicio, cuando esa dificultad nada tiene que ver

con las características económicas de una concreta conducta anticompetitiva. De ello la recurrente colige la existencia de una "quiebra en el razonamiento lógico de la sentencia", lo que supondría que la estimación del perjuicio "se ha basado en una motivación manifiestamente ilógica e irrazonable".

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

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

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

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

4.- No hay arbitrariedad ni motivación manifiestamente irrazonable cuando en el caso se ha aplicado, dentro de los parámetros fijados en el ordenamiento jurídico, el arbitrio judicial, entendido como el aquilatamiento que hace el juez de la norma jurídica al caso singular mediante la racionalidad y la proporcionalidad, o en su caso, la equidad, y que tiene su límite en la ausencia de una regla legal *ad hoc* y en el deber de motivación. El uso de las facultades de estimación judicial por el tribunal de apelación, en un caso como el presente de gravísimas dificultades para la cuantificación del daño por otras vías, no constituye ni arbitrariedad ni motivación manifiestamente irrazonable, sino arbitrio judicial si, como sucede, se explicita y razona cómo se llega a dicha solución estimativa. En todo caso, implica un uso de la discrecionalidad judicial en cuanto al margen de decisión sobre la determinación de la indemnización que podrá ser combatida en el recurso de casación, pero que es ajena a la infracción procesal.

Recurso de casación

SEXTO.- *Motivos primero, segundo, tercero y quinto: acreditación del daño y la estimación judicial: contenido de la Decisión de la Comisión Europea; presunción judicial de la existencia de daño; doctrina ex re ipsa*

1.- Planteamiento. Los cuatro motivos presentan una estrecha vinculación jurídica y lógica, al plantear desde distintos puntos de vista la cuestión sobre la acreditación de la existencia y alcance del daño cuya reparación se reclama, por lo que procede su análisis y resolución conjunta.

1.1. El motivo primero denuncia la infracción del art. 1902 CC y la doctrina jurisprudencial fijada en las sentencias de esta Sala Primera de 28 de septiembre de 2006 (rec. 4962/1999), 10 de octubre de 2002 (rec. 1579/1998) y de 27 de junio de 2006 (rec. 4116/1999).

En su desarrollo se argumenta, en síntesis, que la sentencia impugnada ha infringido el art. 1902 CC al establecer que en las acciones de responsabilidad extracontractual basadas en infracciones del Derecho de la competencia debe presumirse la existencia de daño, en contra de lo establecido por la jurisprudencia, que ha venido exigiendo, como requisitos para estimar la acción, que la parte actora demuestre: (i) la comisión de la acción dolosa o culpable; (ii) la relación de causalidad entre la acción y el perjuicio; y (iii) la concreta

cuantía del perjuicio. La propia sentencia de la Audiencia ha descartado la aplicación de la Directiva de daños, lo que supone que tampoco es aplicable la presunción de la existencia del daño de su art. 17.2, a pesar de lo cual la sentencia impugnada sostiene que las acciones de responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC fundadas en la infracción del art. 101 TFUE presentan un régimen singular caracterizado por la presunción de daños; presunción que tampoco establecen las sentencias del TJUE en los casos *Courage*, *Manfredi* y *Kone*, citadas por la Audiencia.

1.2.- El motivo segundo denuncia la infracción del art. 101 TFUE.

En su desarrollo, sintéticamente, se argumenta que la Audiencia ha establecido una presunción de existencia de daño sobre la base del apartado 85 de la Decisión de la Comisión, en el que manifestó que cabía presumir que la conducta tenía efectos apreciables sobre el comercio. Sin embargo, el análisis sobre la posible afectación al comercio entre Estados miembros tiene el único propósito de determinar si resulta aplicable el art. 101 TFUE o la normativa nacional de competencia. Y sobre esta base concluye que "la sentencia recurrida ha infringido el artículo 101 TFUE, puesto que ha aplicado erróneamente el concepto de afectación al comercio entre Estados miembros, utilizándolo para establecer una presunción de existencia de daño". Cita en apoyo de su tesis las "Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado", conforme a la cuales "el criterio del efecto sobre el comercio limita el alcance de la aplicación de los artículos 81 y 82 a aquellos acuerdos y prácticas que puedan producir un nivel mínimo de efectos transfronterizos en la Comunidad [...]".

1.3.- El motivo tercero se funda en la vulneración de la doctrina jurisprudencial "ex re ipsa" contenida en las sentencias de esta Sala Primera 516/2019, de 3 de octubre, 351/2011, de 31 de mayo y 692/2008, de 17 de junio.

Al exponer el desarrollo de su fundamentación, se alega en síntesis que la Audiencia habría incurrido en esa infracción porque esa doctrina solo puede ser aplicada en aquellos casos en que los daños se deduzcan necesaria y fatalmente de la conducta antijurídica, lo que no sucede en las conductas objeto de la Decisión: "la valoración de la conducta anticompetitiva que lleva a cabo la sentencia impide presumir que dicha conducta produjera "necesaria y fatalmente" un daño a los compradores de vehículos. Por ello, la sentencia está categorizando como "ex re ipsa" una conducta que no reúne los requisitos fijados por la Sala Primera".

Añade que el informe de la demandada había concluido que era muy poco probable que la conducta anticompetitiva sancionada hubiera provocado un incremento de los precios de venta a la vista de las características concretas del mercado de **camiones** (carácter cíclico de la demanda, elevada variabilidad de los productos e importantes descuentos que se pactan sobre los precios brutos); y que incluso el Informe Oxera, referido a **cárteles** duros o "hardcore", consistentes en acuerdos explícitos para la fijación de precios de ventas, reconoce la existencia en los acuerdos anticompetitivos que analizó de un 7% de casos en los que no llegaron a producir efecto alguno.

1.4.- El motivo quinto se basa en la infracción de la doctrina jurisprudencial de esta Sala Primera, establecida por la sentencia 651/2013, de 7 de noviembre, en relación con la interpretación del art. 1902 CC en los casos de responsabilidad extracontractual derivados de conductas infractoras del Derecho de la competencia.

Esa sentencia núm. 651/2013 resolvió la controversia partiendo de que la parte actora tenía la carga de la prueba sobre la existencia y la cuantía del daño, y que, para satisfacer esta carga probatoria, el informe pericial de la actora debe formular una hipótesis razonable y técnicamente fundada, basada en datos contrastables y no erróneos, por lo que si no cumple este estándar probatorio la demanda debe ser desestimada. Si, por el contrario, la actora cumple con esa exigencia, el juez debe analizar el informe de la demandada para comprobar si formula una hipótesis alternativa mejor fundada. Sin embargo, según la recurrente, la Audiencia Provincial ha interpretado erróneamente que la sentencia núm. 651/2013 estableció una presunción de existencia de daño y una inversión de la carga de la prueba en supuestos de conductas anticompetitivas.

2.- Resolución de la sala. Los motivos deben ser desestimados por las razones que se exponen a continuación.

El art. 16.1 del Reglamento (CE) 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado, dispone que "cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 y 82 del Tratado ya haya sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión. [...]".

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

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

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

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

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

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

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

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

El intercambio de información sobre precios ya es considerado por la Comisión como una distorsión de la competencia, causa muy probable de una elevación de precios (apartado 73 de la Comunicación de la Comisión sobre Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal). Pero la Decisión de la Comisión no circunscribe la conducta de las empresas involucradas en el **cártel** a un mero intercambio de información, sino que va más allá de esta conducta.

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

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

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

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

"(51) From 1997 until the end of 2004, the Addressees participated in meetings involving senior managers of all Headquarters (see for example (52)). In these meetings, which took place several times per year, the participants discussed and in some cases also agreed their respective gross price increases. Before the introduction of price lists applicable at a pan-European (EEA) level (see above at (28)), the participants discussed gross price increases, specifying the application within the entire EEA, divided by major markets. During additional bilateral meetings in 1997 and 1998 apart from the regular detailed discussions on future gross price increases, the relevant Addressees exchanged information on harmonising gross price lists for

the EEA. Occasionally, the participants, including representatives of the Headquarters of all of the Addressees, also discussed net prices for some countries. They also agreed on the timing of the introduction of, and on the additional charge to be applied to, the emissions technology complying with EURO emissions standards. In addition to agreements on the levels of price increases, the participants regularly informed each other of their planned gross price increases [...].

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

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

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

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

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

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

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

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

6.- Existencia del daño y de la relación de causalidad. La recurrente afirma que la sentencia de la Audiencia Provincial hace una presunción del daño y de la relación de causalidad con infracción del art. 386 LEC, del art. 1902 CC y la doctrina *ex re ipsa* incorrecta, porque (i) el art. 17.2 de la Directiva es inaplicable a este litigio por razones temporales, (ii) para presumir la existencia del daño, la sentencia recurrida no parte de los hechos probados sino de la Decisión y de informes sobre estadísticas, (iii) insiste en que no es correcto afirmar que la Decisión declare que el **cártel** tuvo efectos sobre los precios porque se trató de una infracción por objeto, no por efectos, y (iv) cuestiona la aplicación de la doctrina *ex re ipsa* para afirmar la existencia del daño por no cumplirse sus requisitos.

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

La sentencia recurrida no declara que, por el simple hecho de tratarse de un **cártel**, debe presumirse que ha causado daños, en concreto un incremento ilícito del precio de los **camiones** afectados por el **cártel**. Fueron las

concretas y significativas características de este **cártel** las que permitieron a la Audiencia Provincial presumir la existencia del daño.

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

8.- Los hechos de los que parte el tribunal de apelación para presumir la existencia del daño y de la relación de causalidad son los hechos constatados en la Decisión. Las estadísticas, en tanto que relacionadas con las máximas de experiencia, han servido para establecer el enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre esos hechos probados, en tanto que fijados en la Decisión, y el hecho presumido: que el **cártel** provocó el incremento del precio de los **camiones** objeto de los acuerdos colusorios.

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

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

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

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

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

10.- Ni la existencia de descuentos frecuentes en el precio final pagado por los adquirentes en este mercado ni la heterogeneidad de los productos son suficientes para desvirtuar las consideraciones anteriores.

Esos descuentos, que dependen principalmente del poder de negociación del cliente, se producen haya o no acuerdo colusorio. No se ha probado que la política de descuentos haya nacido como consecuencia del **cártel**.

Sentado lo anterior, si existe un **cártel** que ha elevado los precios brutos, esos posibles descuentos se habrán producido desde un nivel de precios más alto que si no hubiera existido el **cártel**. En definitiva, por más que intervengan diversos factores en la fijación del precio final, si se parte de un precio bruto superior al que hubiera resultado de una concurrencia no distorsionada por el **cártel**, el precio final también será más elevado.

Es lo que la sentencia del Tribunal de Distrito de Ámsterdam de 12 de mayo de 2021 ha denominado gráficamente el "efecto marea": es como si la marea levantara todos los barcos. Cada uno de los barcos puede

seguir subiendo y bajando con las olas, pero incluso el barco más bajo está en un nivel más alto y eso son los precios más altos que pagan los compradores de **camiones**.

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

11.- Por su parte, la heterogeneidad de los productos afectados por el **cártel** (por la gran variedad de modelos de **camiones** y de equipamientos) dificulta que los demandantes puedan probar la cuantía precisa del daño, pero no excluye la producción del daño como sostienen las demandadas. Aunque esta heterogeneidad hipotéticamente pudiera dificultar la eficiencia de los acuerdos colusorios, no excluiría la producción de daños.

12.- Como conclusión de lo expuesto, aunque sea discutible que pueda calificarse como aplicación de la doctrina *ex re ipsa*, el razonamiento seguido por la Audiencia Provincial ha sido correcto: ha existido una infracción del Derecho de la competencia de enorme gravedad por su duración (14 años), por su extensión espacial (todo el EEE), por la cuota de mercado de los fabricantes implicados en el **cártel** (aproximadamente un 90%) y, debe añadirse, por la naturaleza de los acuerdos colusorios (no solo el intercambio de información sobre datos concurrenciales sensibles sino también la discusión y acuerdos sobre fijación e incremento de precios brutos).

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

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

13.- La estimación del daño. Como vimos al resolver el segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, la recurrente alega que la Audiencia ha incurrido en una motivación manifiestamente irrazonable al hacer la estimación del daño y fijar su cuantía en el 5% del precio de adquisición de los **camiones**. Ya dijimos entonces que esta alegación confunde motivación manifiestamente irrazonable o arbitrariedad con arbitrio judicial. Ahora debemos añadir que para valorar el alcance del daño producido por el **cártel** (el sobreprecio pagado por el comprador final del **camión**) y fijar la indemnización adecuada, es relevante estimar lo que habría ocurrido de no haberse producido la práctica restrictiva de la competencia, lo que supone recrear un escenario hipotético (hipótesis contrafactual).

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

14.- En la sentencia 651/2013, de 7 de noviembre (ECLI:ES:TS:2013:5819), sobre el **cártel** del azúcar, hicimos referencia a la imposibilidad de realizar una reproducción perfecta de cuál hubiera sido la situación si no se hubiera producido la conducta ilícita. Esta dificultad es un problema común a todas las valoraciones de daños y perjuicios que consisten en proyecciones de lo que habría sucedido si la conducta ilícita no hubiera tenido lugar. Así sucede, por ejemplo, en el caso del lucro cesante derivado de un ilícito. Como declaramos en la sentencia 913/2021, de 23 de diciembre (ECLI:ES:TS:2021:4948), "la existencia y cuantía del lucro cesante no deja de ser una hipótesis precisada de una demostración adaptada a su naturaleza de probabilidad más o menos intensa de acuerdo con las reglas de la experiencia teniendo en cuenta lo que normalmente habría sucedido en la mayoría de los casos (*id quod plerumque accidit*)".

En la citada sentencia 651/2013, de 7 de noviembre, al aplicar la normativa anterior a la trasposición de la Directiva, afirmamos que esta dificultad no debe impedir que las víctimas reciban un importe de indemnización adecuado por el perjuicio sufrido sino que justifica una mayor amplitud del poder de los jueces para estimar el perjuicio y que el hecho de que el cálculo de las indemnizaciones haya de realizarse sobre hipótesis de situaciones fácticas no acaecidas realmente puede justificar una mayor flexibilidad en la estimación de los perjuicios por el juez.

Por tanto, la facultad del juez de fijar la indemnización del daño producido por la conducta infractora del Derecho de la competencia mediante una estimación ya estaba reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como consecuencia necesaria del principio de indemnidad del perjudicado propio del art. 1902 CC y del art. 101 TFUE, antes incluso de la entrada en vigor de la Directiva y de la trasposición al Derecho interno del art. 17.1 de dicha Directiva.

15.- La preocupación por las dificultades que presenta la cuantificación del daño ocasionado por las conductas infractoras del Derecho de la competencia, que pueden ser un obstáculo significativo para el resarcimiento de tales daños y la consecuente eficacia del derecho de los perjudicados al resarcimiento de esos daños, aparece en la Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 TFUE y la Guía práctica que le acompañaba, y se reflejó también en los considerandos de la Directiva (por ejemplo, apartados 45 y 46).

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

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

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

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

Para decidir si el ejercicio de facultades de estimación del daño realizado en la sentencia apelada ha sido correcto, hay que valorar, siguiendo los criterios fijados en la STJUE de 16 de febrero de 2023 citada, si la imposibilidad práctica de valorar el daño se debió a la inactividad del perjudicado. Y para realizar esta valoración no bastan las consideraciones generales o abstractas, sino que hay que atender a las circunstancias concretas del litigio.

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

El juez nacional debe valorar los elementos pertinentes, dadas las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado, para juzgar el esfuerzo probatorio desplegado por el perjudicado. Entre ellos se encuentra, como uno más de los posibles y no como una exigencia de carácter ineludible, haber hecho uso de las diligencias de acceso a las fuentes de la prueba. Por tanto, esa referencia que hace la citada sentencia del TJUE a la solicitud

de exhibición de pruebas no supone que, de no haberse formulado tal solicitud, necesariamente la falta de prueba sobre el importe del daño sea atribuible a la inactividad del demandante.

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

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

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

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

Aunque la Guía práctica contenía alguna indicación sobre la inidoneidad de estos métodos estadísticos, la propia Guía contenía dos advertencias importantes: su falta de carácter vinculante y una alusión a la posibilidad de que en las jurisdicciones nacionales se acogieran criterios más pragmáticos.

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

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

En este contexto, las propias características de este **cártel** contribuyen a considerar que, en este caso, la falta de idoneidad del informe presentado por el demandante para cuantificar el sobreprecio no supone una inactividad que impida la estimación judicial. Se trata de un **cártel** de 14 años de duración, que abarcaba todo el EEE y en el que los participantes en el **cártel** eran los mayores fabricantes europeos con una cuota de mercado de aproximadamente el 90%; con documentos redactados en varios idiomas distintos del propio del demandante; con una solicitud de clemencia y una transacción que obstaculizan aún más la obtención de los documentos relevantes (art. 283.bis.i. 6 LEC). Estas características del **cártel** y la propia dificultad de precisar y encontrar la documentación que pudiera ser relevante en la práctica deben relacionarse con la existencia de un escaso plazo legal de 20 días para presentar la demanda tras la práctica de la medida de acceso a las fuentes de prueba (art. 283.bis.e. 2 LEC).

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

En este sentido, el apartado 124 de la Guía práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea considera relevante los costes y el tiempo que exige la consecución de estos datos y su proporcionalidad en relación con el valor de los daños y perjuicios que se reclaman. Se afirma en este apartado de la Guía Práctica:

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

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

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

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

"22 La plena eficacia del artículo 101 TFUE y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1 se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la competencia (sentencias de 20 de septiembre de 2001, *Courage y Crehan*, C-453/99, EU:C:2001:465, apartado 26, y de 14 de marzo de 2019, *Skanska Industrial Solutions y otros*, C-724/17, EU:C:2019:204, apartado 25 y jurisprudencia citada). [...]

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

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

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

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

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

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



22.- La sentencia de esta sala 651/2013, del **cártel** del azúcar, declaró que "lo exigible al informe pericial que aporte la parte perjudicada es que formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos".

Pero esa afirmación no se hizo para establecer un requisito imprescindible para que el perjudicado obtenga una indemnización de los daños provocados por el **cártel**, sino como fundamento de la aceptación por el tribunal de la valoración de los daños del informe pericial presentado por el perjudicado en aquel litigio, que era impugnado por las empresas participantes en aquel **cártel** porque contenía errores en la valoración del daño. Por esa razón afirmamos, a continuación, que "el informe del perito de las demandantes contiene ambos elementos y que por tanto, a falta de otra hipótesis alternativa que pueda considerarse mejor fundada, la valoración de los daños realizada en dicho informe ha de considerarse razonable y acertada".

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

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

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

La descripción en la Decisión de la conducta infractora es base suficiente para presumir la existencia del daño, dadas las características del **cártel** descrito (objeto, participantes, cuota de mercado, duración, extensión geográfica), mediante la aplicación de las reglas del raciocinio humano para deducir de esos datos la existencia del daño.

Estas circunstancias descritas en la Decisión son también suficientes para entender que ese daño no fue insignificante o meramente testimonial. Lo que no ha resultado probado en este caso es que el importe de ese daño haya sido superior al 5% del precio del **camión**, que es el porcentaje que el tribunal de segunda instancia considera como importe mínimo del daño, atendidas las referidas circunstancias del **cártel** y los datos estadísticos sobre los porcentajes de sobreprecio que suelen causar los **cárteles**, en aplicación de las facultades estimativas que el ordenamiento jurídico le atribuía antes incluso de la trasposición de la Directiva, como consecuencia directa del principio de indemnidad derivado de los arts. 1902 CC y 101 TFUE.

De tal forma que, mientras no se acredite que el importe del daño ha sido superior a ese porcentaje mínimo del 5%, el demandante no puede pretender una indemnización superior a ese porcentaje.

Lo anterior no impide tampoco que el demandado pueda acreditar que el daño fue inferior a ese porcentaje mínimo, lo que no consta en este caso pues en el informe pericial presentado por las demandadas, cuya eficacia probatoria ha sido descartada por los tribunales de instancia, no se contiene una valoración alternativa del daño, sino que se limita a desvirtuar la presentada de contrario.

SÉPTIMO.- Motivo cuarto: equidad

1.- Planteamiento. El cuarto motivo se funda en la infracción del art. 3.2 CC y la jurisprudencia contenida en las sentencias de esta Sala Primera 1096/1997, de 10 de diciembre, y 1224/2002, de 20 de diciembre.

Al desarrollar el motivo la recurrente alega, en síntesis, que esa infracción se produjo al haber utilizado la Audiencia la equidad para resolver la controversia, pese a que no existía una ley que le habilitara para actuar en ese sentido, puesto que, tras haber declarado la falta de valor probatorio del informe pericial de la parte actora, ha procedido a una estimación del supuesto perjuicio, consistente en un sobreprecio del 5%, sin razonar cómo llega a ese porcentaje, bajo una justificación que se apoya en la "dificultad probatoria" y en el "desequilibrio en la posición de las partes", que son cuestiones ajenas a las características económicas de la conducta

anticompetitiva. Por lo que concluye que esa estimación judicial del daño ha sido realizada atendiendo a criterios de equidad, lo que resulta contrario a la jurisprudencia reseñada.

2.- Resolución de la sala. El motivo se desestima por las razones que siguen.

El art. 3.2 CC establece que "la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita". El precepto se introdujo en la reforma del título preliminar del Código (texto articulado aprobado por Decreto 1836/1974, de 31 de mayo), dando cumplimiento a lo ordenado en la Ley de Bases 3/1973, de 17 de marzo, que en el apartado 2 de la base segunda (sobre criterios para la interpretación de las normas), ordenaba que "dentro del obligado respeto a la seguridad jurídica, la equidad presidirá la aplicación de las normas, pero en ella sólo podrán fundamentar sus resoluciones los Tribunales cuando la Ley expresamente lo permita".

La exposición de motivos del Decreto 1836/1974 aclara la finalidad a que responde la introducción en el Código de la *aequitas*: (i) no aparece invocada como fuente del derecho; (ii) pero sí como criterio interpretativo de las normas en concurrencia con los otros mencionados en el apartado 1 del art. 3 ; (iii) su función específica en el proceso hermenéutico es constituirse en "elemento tendente a lograr una aplicación de las normas sensible a las particularidades de los casos [lo que] ha de considerar el valor reconocido a la equidad".

La consecuencia de ello es que, como regla general una solución de equidad "no es susceptible de imponerse o superponerse a la resultante de la utilización conjunta de los diversos elementos interpretativos, los cuales, sin embargo, podrán recibir la beneficiosa influencia de la equidad". Esa regla tiene una excepción: la de que sea la propia ley la que permita expresamente fundar las resoluciones sólo en la equidad, lo que requiere "la existencia de una norma concretamente atributiva de tal valor a la equidad". Fuera de este supuesto de excepción su alcance es "únicamente interpretativo y cooperador".

3.- La jurisprudencia de esta sala ha sido fiel reflejo de estos criterios, destacando las dos funciones señaladas: (i) "la equidad no resulta aplicable cuando de los textos legales se deduzca claramente la resolución de los puntos en litigio, requiriendo por tanto la equidad una ponderación sumamente prudente y restrictiva (SSTS 3-2-95, 8-2-96, 10-12-97 y 29-12-98)", dice la sentencia 1224/2002, de 20 de diciembre; (ii) "el recurso a la equidad, en el contexto interpretativo de las normas [...] se configura en un elemento tendente a lograr una aplicación de las normas sensible a las particularidades de cada caso, especialmente cuando éstas no vienen contempladas por la generalidad de la norma" (sentencia 454/2012, de 11 de julio).

Por tanto, la equidad constituye un "criterio general ... que deberá ponderarse [en] la aplicación de las normas, pero sin que tal elemento de interpretación y dulcificación del derecho por la ética pueda fundar, por sí sólo, una resolución judicial, ya que el propio precepto legal citado en el motivo textualmente prohíbe que las resoluciones de los tribunales "puedan descansar de manera exclusiva en ella, salvo cuando la Ley expresamente lo permita" (sentencia 162/2004, de 26 de febrero).

4.- La jurisprudencia reseñada no ha sido infringida por la Audiencia. En primer lugar, no ha invocado el art. 3.2 CC como fundamento de su resolución. El marco jurídico de referencia en que ha desarrollado su enjuiciamiento ha estado delimitado claramente por los arts. 1902 CC, 101 TFUE y 217 LEC.

Las referencias al desequilibrio de las partes y a la dificultad probatoria del daño reclamado, como hemos explicado ampliamente en esta resolución, son cuestiones relacionadas con la particular naturaleza de los daños anticoncurrenciales, cuya determinación y cuantificación requiere de la elaboración de una hipótesis contrafactual de cuál habría sido el precio en caso de no haber existido la infracción del Derecho de competencia. Y ya hemos dicho que la facultad del juez de fijar la indemnización del daño producido por la conducta infractora del Derecho de la competencia mediante una estimación ya estaba reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como consecuencia necesaria del principio de indemnidad del perjudicado propio del art. 1902 del Código Civil y 101 TFUE, antes incluso de la entrada en vigor de la Directiva 2014/14/UE y de la trasposición al Derecho interno del art. 17.1 de dicha Directiva; y que en el caso de la litis este recurso a la estimación judicial estaba justificado.

Una vez descartado que la resolución judicial haya descansado exclusivamente en la equidad, no puede existir infracción sino cumplimiento del art. 3.2 CC en el caso de que en el ejercicio de esa función de estimación judicial los órganos de instancia hubieran "ponderado" la equidad. Como dijimos *supra* al resolver el recurso extraordinario por infracción procesal, "no hay arbitrariedad ni motivación manifiestamente irrazonable cuando en el caso se ha aplicado, dentro de los parámetros fijados en el ordenamiento jurídico, el arbitrio judicial, entendido como el ajuilamiento que hace el juez de la norma jurídica al caso singular mediante la racionalidad y la proporcionalidad, o en su caso, la equidad, y que tiene su límite en la ausencia de una regla legal *ad hoc* y en el deber de motivación".

OCTAVO.- Costas y depósitos



- 1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación deben ser impuestas a la recurrente.
- 2.- Procede acordar también la pérdida de los depósitos constituidos de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por MAN SE (en la actualidad TRATON SE) contra la sentencia n.º 577/2020, de 27 de julio, dictada por la Sección N.º 5 de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en el recurso de apelación núm. 1024/2019.

2.º- Condenar al recurrente al pago de las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que desestimamos, así como la pérdida de los depósitos constituidos.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala. Y comuníquese esta sentencia a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (arts. 16.3 LDC y 212.3 LEC).

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

Así se acuerda y firma.