



Roj: **STS 2475/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2475**

Id Cendoj: **28079110012023100846**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/06/2023**

Nº de Recurso: **6019/2020**

Nº de Resolución: **927/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJM BI 547/2019,**
SAP BI 265/2020,
STS 2475/2023

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL/6019/2020

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 6019/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 927/2023

Excmos. Sres.

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

En Madrid, a 12 de junio de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia 1459/2020, de 4 de junio, aclarada por auto de 28 de septiembre de 2020, dictada en grado de apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 720/2018 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao, sobre indemnización del daño causado por la infracción del Derecho de la competencia.

Es parte recurrente CNH Industrial N.V. e IVECO S.P.A., representados por el procurador D. Victorio Venturini Medina y bajo la dirección letrada de D. Faustino Cordon Moreno y D. Juan Manuel de Castro Aragonés.

Es parte recurrida Eulen S.A, representado por el procurador D. Ricardo de la Santa Márquez y bajo la dirección letrada de D. José Luis Casajuana Espinosa y D.ª María Olivares Sánchez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Jesús Gorrochategui Erauzquin, en nombre y representación de Eulen S.A., interpuso demanda de juicio ordinario contra CNJ Industrial NV e Iveco S.P.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que:

" 1) Se declare que las entidades mercantiles demandadas son responsables de los daños sufridos por mi mandante como consecuencia de la concentración de precios llevada a cabo con el resto de fabricantes de **camiones** en el Espacio Económico Europeo (EEE) en el periodo de tiempo comprendido entre el 17 de Enero de 1997 y 18 de enero de 2011.

" 2) Se condene a las entidades demandadas a pagar solidariamente a mi representado las siguientes cantidades:

" 6.292,00 euros por sobrecoste derivado del "passing on" de la implementación de las tecnologías para cumplir con las normativas europeas medioambientales.

" 145.654,75 euros por sobrecoste derivado de la cartelización del mercado del vehículo industrial y el establecimiento de los precios brutos de fábrica.

" 100.650,20 euros por los intereses legales devengados desde la fecha de adquisición del **camión** por parte del actor hasta la fecha de la interpelación judicial.

" 3) Se condene a las demandadas al pago de los intereses devengados por las sumas anteriores desde la interpelación judicial hasta su completo pago.

" 4) Se condene a las entidades mercantiles demandadas al pago de las costas que resulten causadas en este juicio".

2.- La demanda fue presentada el 30 de julio de 2018 y, repartida al Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao, fue registrada con el núm. 720/2018. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

3.- La procuradora D.^a Maitane Crespo Atin, en representación de CNH Industrial N.V. e Iveco S.P.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte demandante.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao, dictó sentencia 161/2019 de 3 de abril, cuyo fallo dispone:

"Debo estimar parcialmente la demanda interpuesta por Eulen, S.A. contra CNH Industrial NV e Iveco, S.P.A., referida en el encabezamiento de esta resolución, y en su consecuencia, condeno a las codemandadas a que solidariamente abonen a la actora el 15% del precio de adquisición de cada uno de los 17 **camiones** objeto de este pleito, con los intereses legales desde la fecha de compra, sin imposición de costas".

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia.

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de NCH Industrial N.V. e Iveco S.P.A. y la representación de Eulen S.A. se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, que lo tramitó con el número de rollo 1606/2019, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 1459/2020, de 4 de junio, cuyo fallo dispone:

"Que estimando parcialmente el recurso interpuesto por la procuradora Sra. Maitane Crespo Atin en representación de Iveco SPA y CNH Industrial NV, y desestimado la impugnación interpuesta por el procurador Sr. Jesús Gorrochategui Erauzquin en representación de Eulen SA ambas frente a la sentencia de fecha 3 de abril de 2019 dictada por el magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de los de Bilbao en autos ordinario nº 720/18, de que este rollo dimana debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución, en el único sentido de excluir de la condena impuesta a las codemandadas el sobrecoste del 15% correspondiente al vehículo modelo 65C15 con Matrícula NUM000 .

" Sin pronunciamiento sobre las costas del recurso.

" Condenando a la demandante al pago de las costas ocasionadas con la impugnación.

" Transfírase el depósito consignado por Eulen SA por la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de origen a la cuenta de depósitos de recursos inadmitidos y desestimados.

" Devuélvase a Iveco SPA y CNH Industrial NV el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución".

Con fecha 28 de septiembre de 2020, se dictó auto de aclaración, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"1.- Se acuerda aclarar la Sentencia dictada en el presente procedimiento con fecha 4/6/2020 en el sentido que se indica;

" 2.- La Sala acuerda, aclarar la sentencia dictada en los términos que constan en el Fundamento de Derecho de esta resolución".

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

1.- La procuradora D.^a Maitane Crespo Atín, en representación de CNH Industrial N.V. e IVECO S.P.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"Primero.- Al amparo del artículo 469.1.4º LEC, por vulneración del art. 24.1 CE en tanto que la Sentencia recurrida modifica en apelación el planteamiento originario del debate causando indefensión a mis mandantes".

"Segundo.- Al amparo del artículo 469.1. 2º LEC, por vulneración del art. 217 LEC al infringir las normas sobre la carga de la prueba regladas en su nº 2 y aplicar indebidamente el principio de facilidad probatoria previsto en su nº 7".

"Tercero.- Al amparo del motivo 4º del artículo 469 LEC, por infracción del artículo 386 LEC sobre las presunciones judiciales".

"Cuarto.- Al amparo del artículo 469.1 2º LEC por infracción del artículo 218.2 LEC por motivación arbitraria en cuanto a la estimación del supuesto perjuicio".

"Quinto.- Al amparo del artículo 469.1.4º LEC, por infracción del art. 460 LEC al haberse inadmitido el Informe Oxera del año 2019".

El motivo del recurso de casación fue:

"Primero.- Al amparo del artículo 477.1 LEC, por infracción del artículo 1137 del Código Civil y de la jurisprudencia relativa a la responsabilidad solidaria impropia, al estimar la Sentencia recurrida la legitimación pasiva de CNH, con infracción del artículo 16.1 del Reglamento (CE) 1/2003".

"Segundo.- Al amparo del artículo 477.1 LEC, por infracción, por incorrecta aplicación, de los artículos 1101 y 1106 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial sobre presunción del daño".

"Tercero.- Al amparo del artículo 477.1 LEC, por infracción del art. 1968.2 CC en relación con el art. 1969 CC y de la jurisprudencia que interpreta dichos preceptos en cuanto a la fijación del *dies a quo* del plazo de prescripción".

"Cuarto.- Al amparo del artículo 477.1 LEC, por infracción del art. 1108 CC en relación con el art. 1101 CC y de la jurisprudencia que los interpreta en cuanto se refiere a la fijación del *dies a quo* para el inicio del devengo de los intereses legales".

"Quinto.- Al amparo del artículo 477.2 3º LEC por infracción del art. 3.2 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta al haber resuelto en equidad pese a no haber habilitación legal en este caso para ello".

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, 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.- Eulen S.A. se opuso al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 19 de enero de 2023.

Por Providencia de 9 de enero de 2023 se acordó dejar sin efecto el señalamiento del recurso hasta que el TJUE se pronunciara en la decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia (C-312/21). El 16 de febrero de 2023 se dictó sentencia por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el C-321-2021.

Por providencia de 3 de marzo de 2023 se señaló para vista el 11 de mayo de 2023 y se concedió el plazo de diez días a las partes para realizar alegaciones sobre la Sentencia del TJUE de 16 de febrero de 2023.

La representación de CNH Industrial N.V. e Iveco S.P.A. y la representación de Eulen S.A. formularon alegaciones.

El 11 de mayo de 2023, a las 10:00 horas, se celebró la vista señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes del caso*

1.- Eulen S.A. (en lo sucesivo, Eulen) compró los siguientes **camiones** marca Iveco:

- El 27 de febrero de 1997, **camión** modelo ML100E18, matrícula, NUM001, bastidor NUM002, por 29.984,49 euros.
- El 3 de septiembre de 1997, **camión** modelo MP440E42T/P, matrícula NUM003, bastidor NUM004, por 58.923,23 euros.
- El 3 de septiembre de 1997, **camión** ML130E18, matrícula NUM005, bastidor NUM006, por 30.525,40 euros.
- El 4 de diciembre de 1997, **camión** ML150E23, matrícula NUM007, bastidor NUM008, por 34.233,65 euros.
- El 16 de febrero de 1998, **camión** MP260E34H, matrícula NUM009, bastidor NUM010, por 60.419,75 euros.
- El 1 de julio de 1998, **camión** MU80E23, matrícula NUM011, bastidor NUM012, por 78.619,90 euros.
- El 30 de julio de 2001, **camión** IVECO MP260E31H, matrícula NUM013, bastidor NUM014, por 51.350,47 euros.
- El 1 de agosto de 2001, **camión** ML18aE28K, matrícula NUM015, bastidor NUM016, por 37.022,35 euros.
- El 10 de agosto de 2001, **camión** MH260E35Y/PS, matrícula NUM017, bastidor NUM018, por 56.855,75 euros.
- El 5 de noviembre de 2011, **camión** MH260E35Y/PS, matrícula NUM019, bastidor NUM020, por 56.855,75 euros.
- El 5 de noviembre de 2002, **camión** ML180E23, matrícula NUM021, bastidor NUM022, por 36.960,00 euros.
- El 13 de febrero de 2003, **camión** MP260E38H, matrícula NUM023, bastidor NUM024, por 55.293,12 euros.
- El 4 de febrero de 2005, **camión** AD440S43TP, matrícula NUM025, bastidor NUM026, por 66.343,00 euros.
- El 16 de junio de 2006, **camión** 65C15, matrícula NUM000, bastidor NUM027, por 38.239,20 euros.
- El 30 de mayo de 2006, **camión** ML120218K, matrícula NUM028, bastidor NUM029, por 39.270,00 euros.
- El 30 de mayo de 2006, **camión** MU20218K, matrícula NUM030, bastidor NUM031, por 39.270,00 euros.
- El 6 de febrero de 2008, **camión** MU00E18, matrícula NUM032, bastidor NUM033, por 79.134,72 euros.

2.- 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.

Entre las destinatarias de la Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016 que sanciona su "participación en una colusión relativa al sistema de fijación de precios, los incrementos de los precios brutos de **camiones** medios y pesados, el calendario y repercusión de los costes de introducción de tecnologías de control de emisiones para **camiones** medios y pesados (...)", se encuentran cuatro sociedades que la propia Decisión agrupa dentro de la unidad empresarial Iveco: Fiat Chrysler Automobiles N.V., desde el 17 de enero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2010; CNH Industrial N.V., desde el 1 de enero de 2011 hasta el 18 de enero de 2011; Iveco S.p.A., desde el 17 de enero de 1997 hasta el 18 de enero de 2011; Iveco Magirus AG, desde el 26 de junio de 2001 hasta el 18 de enero de 2011.

3.- El 30 de julio de 2018, Eulen presentó una demanda contra CNH Industrial N.V. e Iveco S.p.A. en la que solicitó que se condenara solidariamente a las demandadas a indemnizarle en las siguientes cantidades:

- 6.292,00 euros "por sobrecoste derivado del "passing on" de la implementación de las tecnologías para cumplir con las normativas europeas medioambientales".
- 145.654,75 euros "por sobrecoste derivado de la cartelización del mercado del vehículo industrial y el establecimiento de los precios brutos de fábrica".
- 100.650,20 euros por los intereses legales devengados desde la fecha de adquisición de los **camiones** hasta la fecha de la interpelación judicial.
- Los intereses legales desde la fecha de la interpelación judicial.

El Juzgado de lo Mercantil al que correspondió el conocimiento de la demanda dictó una sentencia en la que estimó en parte la demanda y condenó solidariamente a las demandadas a indemnizar a la demandante en el 15% del precio de adquisición de los **camiones** más los intereses legales desde la fecha de compra de cada **camión**.

La sentencia fue apelada por las demandadas, que solicitaron la desestimación de la demanda, e impugnada por la demandante, que solicitó el incremento de la indemnización. La Audiencia Provincial dictó una sentencia en la que estimó en parte el recurso de apelación y excluyó de la indemnización la partida correspondiente al sobreprecio de la compra del **camión** modelo 65C15 matrícula NUM000. La Audiencia Provincial desestimó en lo demás el recurso de las demandadas y desestimó totalmente la impugnación de la demandante.

4.- Las demandadas han interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal, basado en cinco motivos, y un recurso de casación, basado en cinco motivos, todos los cuales han sido admitidos.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- *Motivo primero*

1.- *Formulación.* En el encabezamiento del motivo se alega la vulneración del art. 24.1 de la Constitución "en tanto que la Sentencia recurrida modifica en apelación el planteamiento originario del debate causando indefensión a mis mandantes".

Al desarrollar el motivo, las recurrentes alegan que, pese a que la sentencia de la Audiencia Provincial expresa no compartir las conclusiones de la sentencia de primera instancia sobre la aplicabilidad de la Directiva 2014/104/UE, por ser anteriores los hechos a su vigencia, en vez de estimar el recurso de apelación y revocar la sentencia apelada, llega a la misma solución que esta (presunción de daño y determinación de su cuantía en ausencia de prueba), y la confirma.

2.- *Resolución de la sala.* El motivo debe ser desestimado por las razones que a continuación se exponen.

La parte pretende establecer una supuestamente necesaria homogeneidad argumentativa y resolutoria entre las sentencias de ambas instancias que la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 456.1 y 465.5) no impone. El tribunal de apelación tiene plenas facultades para revisar las conclusiones fácticas y jurídicas de la sentencia de primera instancia en relación con las cuestiones objeto del recurso, pero la discrepancia sobre tales conclusiones no tiene que conducir fatalmente a la revocación de la resolución apelada, puesto que puede suceder que se llegue a una misma conclusión estimatoria o desestimatoria mediante un análisis diferente de la prueba practicada o del derecho aplicable.

Eso es lo que ha sucedido en este caso. La Audiencia Provincial llega a la misma conclusión sobre la responsabilidad de las demandadas pero, en parte, con otro fundamento jurídico, que no es extravagante respecto de las cuestiones planteadas en los escritos de alegaciones de las partes, y por eso desestima el recurso de apelación. Con ello no incurre en incongruencia ni vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de las demandadas.

TERCERO.- *Motivos segundo y tercero del recurso extraordinario por infracción procesal: carga de la prueba y presunciones judiciales*

1.- *Planteamiento.* En el encabezamiento del segundo motivo se denuncia la infracción de los apartados 2.º y 7.º del art. 217 LEC y en el encabezamiento del tercer motivo, la infracción del art. 386 LEC, que regula la prueba de presunciones.

Al desarrollar los motivos, los recurrentes realizan diversas alegaciones, como que la sentencia recurrida hace una presunción del daño y de la relación de causalidad que basa en el art. 386 LEC pero que en realidad supone aplicar el art. 17 de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (en lo sucesivo, la Directiva), que es inaplicable por razones temporales, y desplaza a las demandadas la carga de



probar que no hubo daño; que existe una falta total de acreditación del daño; que se ha hecho una aplicación indebida del art. 386 LEC pues para concluir en la existencia de daño la sentencia recurrida no parte de hechos sino de estadísticas; y que al aplicar la presunción judicial del art. 386 LEC se ha trasladado a las demandadas la carga de la prueba del hecho negativo de la producción del daño cuando era al demandante al que incumbía la prueba del hecho positivo.

2.- Resolución de la sala. Los motivos segundo y tercero, que por la conexión de los argumentos que los sustentan es aconsejable abordarlos conjuntamente, deben desestimarse por las razones que a continuación se exponen.

En primer lugar, en el desarrollo de estos motivos se observa ausencia de precisión y claridad expositiva, puesto que se superponen alegaciones atinentes a la carga de la prueba en el motivo en que se denuncia la infracción del art. 386 LEC y alegaciones que se refieren a las presunciones judiciales en el motivo en que se denuncia el art. 217 LEC. Asimismo, se incurre en contradicción al criticar las conclusiones fácticas sentadas por la Audiencia Provincial mediante las presunciones judiciales cuando también se alega la infracción de las reglas de la carga de la prueba, que presuponen la existencia de hechos relevantes que no han podido ser fijados en el proceso.

3.- Además de lo anterior, y sin perjuicio de que muchas de las cuestiones planteadas en estos motivos lo han sido también en el recurso de casación y allí tendrán adecuado tratamiento, debe precisarse que la sentencia recurrida no ha aplicado el art. 17 de la Directiva puesto que la posibilidad de aplicar la presunción judicial ya estaba prevista en el art. 386 LEC con anterioridad a la vigencia de la Directiva, y las facultades estimativas del juez en la fijación de la indemnización por los daños causados por conductas infractoras del Derecho de la competencia ya estaban reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico antes de la trasposición de la Directiva, como derivación necesaria del principio de integridad en la reparación del daño; en la aplicación de la presunción, el tribunal de segunda instancia ha partido de los datos que ha considerado probados y ha llegado a la conclusión de la existencia del daño por la aplicación de las reglas del raciocinio humano y las máximas de experiencia en este campo; el acierto o desacierto de dicha conclusión excede de lo meramente procesal, al entrañar una valoración jurídica sustantiva propia del recurso de casación.

CUARTO.- Motivo cuarto de infracción procesal: arbitrariedad

1.- Planteamiento. El motivo cuarto del recurso extraordinario por infracción procesal denuncia la infracción del art. 218.2 LEC.

Al desarrollar el motivo, la parte recurrente aduce, sintéticamente, que la Audiencia Provincial no explica qué razones técnicas o jurídicas permiten considerar acertada la fijación de ese supuesto perjuicio en el 15% del precio de adquisición que realiza la sentencia de instancia que confirma y que se basa en meros estudios estadísticos y no justifica por qué el **cártel** de los **camiones** no se encuentra en el 7% de **cárteles** donde no hubo sobreprecio, según el informe Oxera, con lo que incurre en arbitrariedad.

2.- Resolución de la Sala. Este motivo también debe ser desestimado. 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, por ser fruto de un mero voluntarismo judicial o expresar un proceso deductivo irracional o absurdo (sentencias del Tribunal Constitucional 148/1994, de 12 de mayo; y 160/1997, de 2 de octubre, entre otras muchas). En palabras de la sentencia del Tribunal Constitucional 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.- El motivo confunde la arbitrariedad con 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 arbitrariedad sino arbitrio judicial. El tribunal de apelación considera correcta la fijación del sobreprecio realizada por el juzgado (la media de la horquilla de sobreprecio del 35% de los **cárteles** según el citado informe encargado por la Comisión Europea). Y habida cuenta de la gravedad de la conducta colusoria descrita en la Decisión que sirve de base a la acción *follow-on* ejercitada, no puede reprocharse a la sentencia recurrida que incurra en arbitrariedad por no contener un razonamiento expreso sobre por qué el **cártel** de los **camiones** no se encuentra entre ese 7% de los **cárteles** que excepcionalmente, por sus características (escasa duración temporal, escasa extensión geográfica, las empresas cartelistas tienen poca cuota de mercado, la conducta colusoria es de escasa gravedad, etc.), no provocan una elevación del precio de los productos o servicios objeto del **cártel**.

QUINTO.- *Motivo quinto del recurso extraordinario por infracción procesal: inadmisión del informe Oxera 2019 en segunda instancia*

1.- Planteamiento. En el encabezamiento del último motivo de infracción procesal se alega la infracción del art. 460 LEC al haberse inadmitido el Informe Oxera del año 2019.

En el desarrollo del motivo se argumenta que dicho informe se inadmitió porque era un informe pericial cuando en realidad era una prueba documental. La Audiencia Provincial reconoció que, si lo hubiera admitido, su decisión habría sido otra; y el voto particular consideró indebida la inadmisión del informe Oxera.

2.- Resolución de la sala. El motivo debe ser desestimado por las razones que a continuación se expresan.

El art. 335.1 LEC declara que "[c]uando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes [...]".

En tanto que el documento que se pretendió aportar en apelación es un informe en que se expresan conocimientos científicos, técnicos o prácticos, elaborado por una empresa con conocimiento experto sobre la materia objeto del litigio, que las recurrentes consideran necesarios para la decisión de las cuestiones litigiosas, se trata de un dictamen pericial. Que el dictamen pericial se encuentre recogido en un documento escrito o en soporte digital no lo convierte en una prueba documental.

3.- En todo caso, al tratarse de un informe encargado por Iveco y otras empresas sancionadas en la Decisión sobre el **cártel** de los **camiones**, no puede sostenerse que se trate de un instrumento probatorio que se encuentre en alguno de los supuestos previstos en el art. 270.1 LEC porque no se justifica que no se hubiese podido confeccionar ni obtener con anterioridad a la contestación a la demanda o, en su caso, a la audiencia previa. La confección de ese informe en una fecha posterior, de modo que no pudo aportarse al litigio en el momento previsto en la legislación procesal, es imputable a las propias demandadas.

Recurso de casación

SEXTO.- *Motivo primero del recurso de casación: la legitimación pasiva de CNH Industrial N.V.*

1.- Planteamiento. En este motivo primero del recurso de casación, las demandadas denuncian la infracción del art. 1137 del Código Civil (en lo sucesivo, CC) y de la jurisprudencia relativa a la responsabilidad solidaria impropia, así como del art. 16.1 del Reglamento (CE) 1/2003, al estimar la sentencia recurrida la legitimación pasiva de CNH Industrial N.V. (en lo sucesivo, CNHI).

Al desarrollar el motivo, argumentan que la infracción se ha cometido al condenar solidariamente a CNHI a indemnizar los daños derivados de las conductas colusorias objeto de la Decisión cuando en esta solo se le hace responsable de la conducta durante el periodo que va del 1 al 18 de enero de 2011, y el demandante compró el **camión** Iveco en una fecha anterior.

Las recurrentes alegan que la responsabilidad solidaria únicamente es exigible a aquellos sujetos que hayan coincidido en el tiempo con el resto de sujetos responsables directos del daño sobre el que se sustenta esa responsabilidad solidaria. Y lo dicho obliga a excluir la responsabilidad de todo aquel miembro que no forma parte del grupo en el momento en que tuvo lugar el hecho causante del daño, ya porque aún no era miembro de ese grupo, como es el caso de CNH, o bien porque había dejado de serlo antes de que se produjese el hecho lesivo.

Al apartarse del contenido de la Decisión, la sentencia recurrida vulneraría el art. 16.1 del Reglamento CE 1/2003, se argumenta en el recurso.

2.- Resolución de la Sala. Este motivo del recurso debe ser desestimado por las razones que a continuación se exponen.

Como reseña la nota al pie de página 14 de la Decisión, CNHI ha sucedido a Fiat SpA, tras una serie de modificaciones estructurales, a comienzos del año 2011: en 2011, Fiat S.p.A. se escindió en dos sociedades distintas, y tras sucesivas fusiones, dichas sociedades continuaron existiendo con la denominación de CNH Industrial N.V. y Fiat Chrysler Automobiles N.V., respectivamente.

También es cierto que el apartado 97 de la Decisión, cuando explica la razón de incluir a CNHI entre las destinatarias de la Decisión durante el periodo de tiempo comprendido entre el 1 y el 18 de enero de 2011, resalta su condición de sociedad matriz de Iveco SpA e Iveco Magirus AG y la "influencia decisiva que ejerció sobre ellas".

Está claro que CNHI podría ser demandada como responsable solidaria por los daños ocasionados durante el tiempo en que participo en el **cártel**, entre el 1 y el 18 de enero de 2011. Pero también puede responder como sucesora de otra sociedad anterior, desaparecida como consecuencia de las modificaciones estructurales que alumbraron CNHI, en concreto como sucesora de Fiat SpA, por la responsabilidad en que hubiera podido incurrir esta última durante el tiempo en que existió, en relación con el **cártel** declarado y sancionado por la Decisión.

Es cierto que Fiat SpA no aparece como destinataria de la Decisión, pero también lo es que se le menciona en el considerando 35 de la Decisión como solicitante, junto con Iveco SpA y "la totalidad de sus filiales directas e indirectas", de una dispensa del pago de multas de conformidad con lo dispuesto en el apartado 14 de la Comunicación de Clemencia y, subsidiariamente, la reducción de su importe conforme al punto 27 de dicha Comunicación. Por tal razón, puede considerarse que Fiat SpA era parte de la unidad económica del grupo Iveco que participó en el **cártel**, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, y, por lo tanto, es responsable de los daños ocasionados por dicho **cártel**.

En concreto, la sentencia del TJUE (en lo sucesivo, STJUE) de 6 de octubre de 2021 (asunto C-882/19, *Sumal*, ECLI: EU:C:2021:800), en su apartado 48, ha declarado:

"De cuanto antecede resulta que, en el marco de una acción de resarcimiento por daños y perjuicios basada en la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE, apartado 1, constatada por la Comisión en una decisión, una entidad jurídica que no haya sido designada en dicha decisión como autora de una infracción del Derecho de la competencia puede, no obstante, ser considerada responsable sobre este fundamento debido al comportamiento infractor de otra entidad jurídica si esas dos personas jurídicas forman parte de la misma unidad económica y constituyen, en consecuencia, una empresa, que es la autora de la infracción en el sentido de dicho artículo 101 TFUE".

De tal forma que, si existiera todavía Fiat SpA, el demandante habría podido dirigir frente a ella su reclamación de daños sufridos como consecuencia del **cártel** en que dicha entidad participó. Y al haber desaparecido Fiat, SpA, CNHI respondería como su sucesora por los actos realizados con anterioridad a 2011. En este caso, por los daños ocasionados con la venta de los **camiones** en España a la demandante con anterioridad a 2011.

Esta responsabilidad de CNHI, como sucesora de Fiat SpA, viene amparada por la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 2019 (asunto C-724/17, *Skanska*, ECLI:EU:C:2019:204), que en su apartado 38 declara:

"En el caso de una situación de reestructuración empresarial, como la del litigio principal, en la que la entidad que cometió la infracción del Derecho de la Unión en materia de competencia ya no existe, procede recordar que, cuando una entidad que ha cometido una infracción es objeto de un cambio jurídico u organizativo, este cambio no produce necesariamente el efecto de crear una nueva empresa exenta de responsabilidad por comportamientos contrarios a las normas sobre competencia de la antigua entidad si, desde el punto de vista económico, existe identidad entre esta y la nueva entidad (véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de diciembre de 2007, ETI y otros, C-280/06, EU:C:2007:775, apartado 42; de 5 de diciembre de 2013, SNIA/

Comisión, C-448/11 P, no publicada, EU:C:2013:801, apartado 22, y de 18 de diciembre de 2014, Comisión/ Parker Hannifin Manufacturing y Parker-Hannifin, C-434/13 P, EU:C:2014:2456, apartado 40)".

3.- De lo expuesto se desprende que la sentencia recurrida no ha infringido el art. 16.1 del Reglamento CE 1/2003 porque la condena de CNHI se basa justamente en el contenido de la Decisión, en aplicación de la jurisprudencia del TJUE sobre la responsabilidad de las sociedades integrantes de la empresa implicada en el **cártel** y de la sociedad resultante de la modificación estructural de una sociedad implicada en el **cártel**.

SÉPTIMO.- *Motivo segundo del recurso de casación: la existencia del daño y de la relación de causalidad y la estimación de la cuantía de la indemnización*

1.- Planteamiento. En el encabezamiento del motivo, las recurrentes denuncian que la sentencia recurrida infringe los arts. 1101 y 1106 CC y la doctrina jurisprudencial sobre la presunción del daño.

En el desarrollo del motivo, las recurrentes argumentan que la mera ilicitud de la conducta anticompetitiva no supone la existencia de daño, teniendo en cuenta que el acuerdo colusorio no era de fijación de precios. Que la presunción de daños no tiene su base en el art. 101 TFUE, en la jurisprudencia del TJUE ni en la Decisión. La sentencia, según los recurrentes, se opone frontalmente a un principio esencial del artículo 101 TFUE: la diferencia entre infracción por objeto y por efecto (aplicar la doctrina *ex re ipsa* a los ilícitos competenciales elimina la diferencia entre infracción por objeto, y la sentencia infringe el art. 16.1 del Reglamento CE 1/2003 porque cambia la infracción por objeto por una infracción por efectos. Alegan asimismo que es incorrecto fundar la existencia de daño en el apartado 85 de Decisión (efectos sobre el comercio). Asimismo, realizan diversas consideraciones sobre la doctrina jurisprudencial *ex re ipsa* que, alegan, la haría inhábil para su aplicación a la indemnización del daño causado por la infracción del Derecho de la competencia.

2.- Resolución de la sala. Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos 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 .

El motivo solo puede ser estimado en parte, por las razones que exponemos a continuación.

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 "[l]a 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 [...]."

Por tanto, es el planteamiento del recurso, y no el de la Audiencia Provincial, el que se aparta de la Decisión.

6.- *Existencia del daño y de la relación de causalidad.* Las recurrentes afirman que la sentencia de la Audiencia Provincial hace una presunción del daño y de la relación de causalidad que no tiene su base en el art. 101 TFUE, en la jurisprudencia del TJUE ni en la Decisión. Y cuestionan la aplicación de la doctrina *ex re ipsa* para afirmar la existencia del daño, pues hay múltiples combinaciones e hipótesis plausibles de las que resulta que un **cártel** no ha provocado daños individuales, ya en general, ya respecto de un demandante determinado, y alegan los siguientes ejemplos:

"[...] que la conducta no fuera realmente un **cártel** de fijación de precios; que circunstancias exteriores al **cártel** hicieran imposible un hipotético incremento de precios en el mercado por encima de un determinado nivel que habría sido el mismo en todo caso; que la información intercambiada sobre precios fuera inservible para influir en la política real de precios netos dada la imposibilidad de predecir los cambiantes y grandes descuentos o negociaciones individuales con los clientes sobre la base de diferentes condiciones comerciales, o por tratarse de un producto tan heterogéneo que no puede anticiparse su composición final; que el operador en cuestión hubiera adquirido el **camión** a un precio inferior al supuesto precio que derivaría de la conducta, merced a las relaciones que mantenía con el vendedor o a su especial poder de demanda; que los partícipes en una conducta hubieran pactado precios inferiores a los que el mercado habría producido; sencillamente, que los participantes en la conducta no modificaran sus precios a la luz de la información intercambiada; y muchos etcéteras que hacen imposible decir que, *prima facie*, una conducta anticompetitiva produce daños *ex re ipsa*".

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 citada STJUE de 22 de junio de 2022 (asunto C-267/20, *Volvo y DAF Trucks*), 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% en el ámbito del EEE; 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, respecto de los que 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. Y que la sentencia recurrida haya considerado que el **cártel** produjo efectos perjudiciales en los compradores finales de los **camiones** (el pago de un sobreprecio) tampoco implica que la sentencia recurrida infrinja el art. 16.1 del Reglamento CE 1/2003.

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.- Asimismo, las "hipótesis plausibles" que esgrimen las recurrentes para cuestionar que el **cártel** haya producido efectos, no son admisibles. Algunas de estas hipótesis se formulan sobre bases incorrectas (que el acuerdo tuvo por objeto el intercambio de información y no la fijación de precios); otras no son plausibles (que el pacto entre los cartelistas lo fue para fijar un precio inferior al que resultaría de una competencia no distorsionada); y, finalmente, otras exigen basarse en hechos que el tribunal de apelación haya considerado probados, lo que no ocurre en este caso (la existencia de *passing on* a los siguientes eslabones del mercado).

11.- Otra razón que las recurrentes esgrimen para impugnar la conclusión de la sentencia recurrida de que el **cártel** produjo un daño consistente en la elevación artificial del precio de los **camiones** es la existencia en ese sector de descuentos en el precio final pagado por los adquirentes de los **camiones**.

Este argumento no podemos aceptarlo. Esos descuentos, que dependen principalmente del poder de negociación del cliente, se producen haya o no acuerdo colusorio. Y 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 habría 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.

12.- Por último, 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.

13.- 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 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 habrían 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, 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.

14.- *La estimación del daño.* 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**.

15.- 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 habría 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 la Directiva.

16.- 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).

17.- 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 citada STJUE de 22 de junio de 2022 (asunto C-267/20, *Volvo y DAF Trucks*), 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*, ya citada), 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).

18.- 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. Tampoco el informe presentado por los demandados ha realizado una cuantificación alternativa que haya podido ser aceptada.

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.

19.- 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 STJUE 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.

20.- En un caso como el presente, no consideramos que pueda apreciarse una inactividad probatoria de la demandante que hiciera improcedente que los tribunales de instancia hicieran una fijación estimativa del daño

(sin perjuicio de lo que se dirá sobre el porcentaje fijado) porque no conste que la demandante 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.

21.- 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 de la 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 la 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).

También en este caso existe una desproporción entre el interés litigioso y el coste que podría generar a la demandante 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. Pese a que en este caso la demandante no sea un trabajador autónomo o una micro empresa, pues adquirió 17 **camiones** durante los 14 años en que la Comisión constató la existencia del **cártel**, la extensión temporal y geográfica de las empresas implicadas en el **cártel**, su envergadura, el hecho de que estuvieran asentadas en diversos países de la Unión Europea por lo que se supone que la documentación estaría en diversos idiomas diferentes del español, supone una desproporción que convertiría en claramente antieconómica la reclamación judicial del demandante si hubiera de haber intentado acceder a las fuentes de la prueba.

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 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.

22.- 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).

23.- 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, con un enorme coste económico, 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**.

24.- La conclusión de lo anterior es que la actividad probatoria desplegada por la 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. Ahora bien, no se ha probado que ese daño superara el mínimo previsible en un **cártel** de esas características, que una generalidad de tribunales ha fijado prudentemente en un 5% del coste de los **camiones**, pues, como se ha dicho, los tribunales de instancia han negado eficacia probatoria al informe pericial de la demandante, que fijaba el daño en un porcentaje superior de sobreprecio. Al no haber resultado probado que el importe de ese daño haya sido superior a ese mínimo del 5% del precio del **camión**, el ejercicio de las facultades estimativas que el ordenamiento jurídico atribuía a los tribunales antes incluso de la trasposición de la Directiva, como consecuencia directa del principio de indemnidad derivado de los arts. 1902 CC y 101 TFUE, no les permite fijar una indemnización superior.

Esto es, mientras no se acredite que el importe del daño ha sido superior a ese porcentaje mínimo del 5%, la demandante no puede pretender una indemnización superior a ese porcentaje. Por tal razón ha de estimarse en parte el recurso de casación y reducir la indemnización acordada en la sentencia a un 5% del precio pagado por la compra de los **camiones**.

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.

OCTAVO.- *Motivo tercero del recurso de casación: la prescripción de la acción de indemnización de los daños causados por la infracción del Derecho de la competencia, dies a quo y duración del plazo*

1.- Planteamiento. En el encabezamiento del motivo se alega la infracción del art. 1968.2 CC en relación con el art. 1969 CC y de la jurisprudencia que interpreta dichos preceptos en cuanto a la fijación del *dies a quo* del plazo de prescripción.

La infracción se habría producido al considerar como *dies a quo* del plazo de ejercicio de la acción la fecha de publicación de Decisión (6 de abril de 2017) y no la fecha de publicación de nota de prensa (19 de julio de 2016).

2.- La cuestión planteada en este motivo ha quedado resuelta en la citada STJUE de 22 de junio de 2022 (asunto C-267/20, *Volvo y DAF Trucks*). Se declara en esta sentencia:

"71 En estas circunstancias, no puede considerarse razonablemente que, en el caso de autos, en la fecha de publicación del comunicado de prensa relativo a la Decisión C(2016) 4673 final, a saber, el 19 de julio de 2016, RM tuviera conocimiento de la información indispensable que le habría permitido ejercitar su acción por daños. En cambio, sí puede considerarse razonablemente que RM tuvo tal conocimiento en la fecha de la publicación del resumen de la Decisión C (2016) 4673 final en el Diario Oficial de la Unión Europea, a saber, el 6 de abril de 2017.

" 72 En consecuencia, la plena efectividad del artículo 101 TFUE exige considerar que, en el caso de autos, el plazo de prescripción comenzó a correr el día de dicha publicación".

3.- El contenido de estos apartados junto con la declaración de que es aplicable el plazo de 5 años del art. 10 de la Directiva "en la medida en que el plazo de prescripción aplicable a esa acción en virtud de la regulación anterior no se había agotado antes de que expirara el plazo de transposición de la misma Directiva" (apartado 79 y parte dispositiva de la citada STJUE), determinan que este motivo deba ser desestimado.

NOVENO.- *Motivo cuarto del recurso de casación: dies a quo del devengo de intereses*

1.- Planteamiento. En este motivo se denuncia la infracción del art. 1108 CC en relación con el art. 1101 CC y de la jurisprudencia que los interpreta en cuanto se refiere a la fijación del *dies a quo* para el inicio del devengo de los intereses legales.

En el desarrollo del motivo se cuestiona que se haya condenado al pago de intereses pese a la manifiesta iliquidez de lo reclamado, y que la fecha del devengo de los intereses legales de la indemnización sea la de la compra de los **camiones** y no la de la interposición de la demanda.

2.- Resolución de la sala.

El motivo del recurso debe desestimarse por las razones que siguen.

El art. 3 de la Directiva 2014/104/UE establece:

"Derecho al pleno resarcimiento

" 1. Los Estados miembros velarán por que cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia pueda reclamar y obtener pleno resarcimiento de dicho perjuicio.

" 2. El pleno resarcimiento deberá devolver a una persona que haya sufrido un perjuicio a la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción del Derecho de la competencia. Por tanto, dicho resarcimiento abarcará el derecho a indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses.

" 3. El pleno resarcimiento con arreglo a la presente Directiva no conllevará una sobrecompensación, bien mediante indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo".

3.- Aunque la Directiva no resulte aplicable por razones temporales, su art. 3 confirmó una jurisprudencia previa dictada en aplicación del art. 101 TFUE y por tanto aplicable a la acción ejercitada, como expresa el apartado 35 de la citada STJUE de 16 de febrero de 2023 (asunto C-312/21, *Tráficos Manuel Ferrer*), que declara:

"Así, al recordar, en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2014/104, la obligación de los Estados miembros de velar por que cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia pueda reclamar y obtener pleno resarcimiento de dicho perjuicio y al definir este concepto, en el artículo 3, apartado 2, de esa Directiva, como el derecho a indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses, el legislador de la Unión quiso confirmar la jurisprudencia existente, como se desprende del considerando 12 de dicha Directiva, de modo que las medidas nacionales de transposición de esas disposiciones se aplican necesariamente con efecto inmediato al conjunto de las acciones por daños que estén comprendidas en el ámbito de aplicación de la misma Directiva, como lo corrobora el artículo 22, apartado 2, de esta".

Ciertamente, la jurisprudencia del TJUE, al aplicar la norma de los tratados constitutivos que actualmente se encuentra en el art. 101 TFUE, venía declarando que la reparación íntegra del quebranto patrimonial causado por una conducta infractora del Derecho de la competencia exige el pago de intereses al perjudicado. Así, la STJUE de 13 de julio de 2006, (asuntos acumulados C-295/04 a 298/04, *Manfredi*, ECLI: EU:C:2006:461), apartados 95 y 97, declaró:

"95 Por otra parte, en virtud del principio de efectividad y del derecho de toda persona a solicitar la reparación del perjuicio causado por un contrato o un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la competencia, los perjudicados no sólo deben poder solicitar reparación del daño emergente, sino también del lucro cesante, así como el pago de intereses.

[...]

" 97 En cuanto al pago de intereses, el Tribunal de Justicia recordó en el apartado 31 de su sentencia de 2 de agosto de 1993, *Marshall* (C-271/91, Rec. p. I-4367) que su concesión, según las normas nacionales aplicables, constituye un elemento indispensable de la indemnización".

4.- El apartado 20 de la Guía Práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 TFUE, que acompaña a la Comunicación de la Comisión, tiene este contenido:

"La adición de intereses también deberá tenerse en cuenta. La concesión de intereses constituye un elemento indispensable de la reparación. Como ha destacado el Tribunal de Justicia, la reparación íntegra del perjuicio sufrido debe incluir la reparación de los efectos adversos ocasionados por el lapso de tiempo transcurrido desde que se produjo el perjuicio causado por la infracción (18 Asunto C-271/91, *Marshall*, Rec. 1993, p. I-4367, apartado 31. asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, Rec. 2006, p. I-6619, apartado 97; Comisión

Europea, Libro blanco sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia (COM(2008) 165), sección 2.5 y el documento de trabajo de los servicios de la Comisión que lo acompaña (SEC(2008) 404), apartado 187). Estos efectos son la depreciación monetaria (19 Asunto C-308/87, Grifoni II, Rec. 1994, p I-341, apartado 40. Conclusiones del Abogado General Tesauro en el asunto C-308/87, Grifoni II, Rec. 1994, p I-341, apartado 25; asuntos acumulados C-104/89 y C-37/00, Mulder y otros/Consejo y Comisión, Rec. 2000, p. I-203, apartado 51. En lo referente a la pérdida del poder adquisitivo, véanse los asuntos acumulados T-17/89, T-21/89 y T-25/89, Brazzelli Lualdi, Rec. 1992, p. II-293, apartado 40) y la oportunidad perdida para la parte perjudicada de tener el capital a su disposición (20 Véanse las Conclusiones del Abogado General Saggio en los asuntos acumulados C-104/89 y C-37/00, Mulder y otros/Consejo y Comisión, Rec. 2000, p. I-203, apartado 105). La legislación nacional debe tener en cuenta estos efectos como interés legal u otras formas de interés, siempre que se ajusten a los principios de efectividad y de equivalencia antes citados".

Así lo recoge también actualmente el considerando 12 de la Directiva.

5.- La sentencia recurrida, al condenar a las demandadas al pago de los intereses legales de la indemnización desde la fecha de la producción del daño (fecha de la compra del **camión** con sobreprecio), es conforme con esta jurisprudencia. No se trata por tanto de una indemnización por mora, basada en los arts. 1101 y 1108 CC, sino de una medida destinada a que el resarcimiento del daño sufrido por la víctima de la conducta infractora del Derecho de la competencia sea pleno, contrarrestando el efecto del transcurso del tiempo entre el momento de la producción del daño y el momento en que se acuerda la reparación de dicho daño. Se trata de una exigencia derivada del art. 101 TFUE, en la interpretación que le ha dado la jurisprudencia del TJUE.

6.- Al considerar que procede el pago de intereses de la indemnización desde el momento en que se produjo el daño (el pago del precio del **camión**) porque es una medida necesaria para que el resarcimiento sea pleno, y no porque se ha producido una mora en el pago, deviene irrelevante la objeción derivada de la máxima *in illiquidis non fit mora*.

DÉCIMO.- *Motivo quinto del recurso de casación: la equidad*

1.- Planteamiento. En este motivo se alega la infracción del art. 3.2 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta al haber resuelto en equidad pese no haber habilitación legal en este caso para ello.

2.- Resolución de la sala. El motivo debe ser desestimado por las razones que exponemos a continuación.

El art. 3.2 CC establece que "[l]a 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 ; y (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 [...]".

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 (como criterio de interpretación - regla general - y como criterio de resolución - regla de excepción -): (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; y (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 sentencia recurrida. 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 CC y 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; 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 hayan "ponderado" la equidad. 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.

UNDÉCIMO.- Costas y depósito

1.- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación y procede condenar a las recurrentes al pago de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, conforme a lo previsto en el art. 398 en relación con el 394 LEC.

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación y se acuerda la pérdida del constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal, de conformidad con la disposición adicional 15.^a, apartados 8 y 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 estimar en parte el recurso de casación interpuesto por CNH Industrial N.V. e IVECO S.p.A. contra la sentencia 1459/2020, de 4 de junio, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, en el recurso de apelación núm. 1606/2019.

2.º- Casar la expresada sentencia en el único extremo de que la estimación parcial del recurso de apelación de CNH Industrial N.V. e IVECO S.p.A. debe extenderse a la reducción de la indemnización del 15% acordado por el Juzgado de lo Mercantil a un 5% del precio de los **camiones**, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia de la Audiencia Provincial.

3.º- No imponer las costas del recurso de casación y condenar a las recurrentes al pago de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal

4.º- Devolver al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso de casación y acordar la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal.

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

Así se acuerda y firma.