

**El problema de la prueba sobre la existencia y la valoración del daño en los procedimientos de reclamación de daños en el ámbito de la Defensa de la Competencia. Reflexiones a partir de la experiencia judicial en los casos del “cártel de los sobres”, “cártel de fabricantes de camiones” y el “cártel de manipulación del EURIBOR”. Previsiones de futuro.**

**Berta Pellicer Ortiz**

*Magistrada Juzgado Mercantil 3 de Barcelona.*

*Magistrada Especialista en Asuntos de lo Mercantil.*

**Resumen:** Tras una primera experiencia en Barcelona y Madrid, en que se tramitaron unos primeros procedimientos sobre el llamado “cártel de los sobres”, fue a partir del año 2016 cuando se produjo en los Juzgados Mercantiles de España una auténtica avalancha de procesos en aplicación privada de derecho de defensa de la competencia, que tienen su origen en las reclamaciones de daños derivadas de la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016, relativa al llamado “cártel de los fabricantes de camiones”. Este artículo pretende ofrecer una visión general, desde la perspectiva del juez que se enfrenta a esta clase de procedimientos y a la extraordinaria dificultad que entraña la prueba de la existencia misma del daño y su cuantificación, que a su vez pueda resultar clara y entendible para aquellos juristas que no estén especialmente familiarizados con este tipo de procedimientos y que les pueda resultar útil como una primera aproximación a esta materia.

**Palabras clave:** Defensa de la Competencia. Prácticas anticompetitivas. Cártel. Acciones follow on y stand alone. Daño. Passing-on.

## **1. INTRODUCCIÓN.**

Con la excepción de Barcelona y Madrid, en que se tramitaron unos primeros procedimientos sobre el llamado “cártel de los sobres”, fue a partir del año 2016 cuando se produjo en los Juzgados Mercantiles de España una auténtica avalancha de procesos en aplicación privada de derecho de defensa de la competencia, que tienen su origen en las reclamaciones de daños derivadas de la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016, relativa al llamado “cártel de los fabricantes de camiones”.

Lo cierto es que estos procedimientos en los que se ejercitan acciones de reclamación de daños derivados de las infracciones del derecho de defensa de la competencia plantearon desde un inicio numerosos problemas procesales, a los que hay que sumar los derivados de la gestión de los asuntos por parte de los Juzgados Mercantiles, que han reaccionado con diferentes medidas frente a esta entrada masiva de asuntos en los Juzgados.

En este artículo trataré de exponer los principales problemas a los que se enfrenta el Juez cuando debe resolver las cuestiones relativas a la propia existencia del daño y su valoración, desde una perspectiva que resulte interesante también para aquellos que no están especialmente familiarizados con este tipo de procedimientos, si bien para ello debemos partir de unas breves consideraciones sobre estas acciones.

Hace años que las instituciones comunitarias pudieron constatar que las infracciones del derecho de la competencia solían quedar en la sanción por parte de las autoridades de la competencia y que los perjudicados no reclamaban los daños que pudieran haber sufrido, pudiendo constatar, además que existían diversos obstáculos en los diferentes países para hacer efectivas esas reclamaciones.

Tras diversos trabajos procede destacar, en lo que aquí nos interesa, que los mismos acabaron materializándose en la Directiva, la 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas que rigen las acciones por daños en virtud del derecho nacional por infracciones del derecho de la competencia, que fue traspuesta al ordenamiento jurídico español mediante Real Decreto Ley 9/2017, de 26 de mayo, que introdujo diversas modificaciones tanto en la Ley de Enjuiciamiento Civil como en la Ley de Defensa de la Competencia. Partiendo de todo ello, el objetivo más importante que se propone la Directiva es remover los obstáculos existentes en los diferentes Estados Miembros de la Unión Europea y establecer unos “mecanismos facilitadores” para las reclamaciones por los perjudicados, todo ello en aras de conseguir su íntegro resarcimiento.

La nueva normativa, con esta finalidad, regula diversos aspectos sustantivos como son, con carácter muy general, el concepto del derecho al pleno resarcimiento de los perjudicados por una actuación anticompetitiva, la responsabilidad solidaria de todos los sancionados (aunque que un régimen atenuado de responsabilidad que deriva del art. 11 de la Directiva para los beneficiarios de clemencia), la previsión de un plazo de prescripción de 5 años y un régimen propio de interrupción de dicho plazo, el carácter de cosa juzgada de la resolución de la autoridad de la competencia respecto de la existencia de la infracción, la presunción iuris tantum de que los cárteles provocan daños y la posibilidad de determinación del daño por parte del Juez cuando, pese al esfuerzo probatorio del demandante, le resulte difícil probarlo, pudiendo en este caso acudir a la fijación de manera estimativa, esto es, a la estimación judicial del daño.

También se introducen novedades derecho procesal, entre las que destaca el acceso a las fuentes de prueba, regulado en el art 283 bis LEC, que luego se extiende al ámbito del Secreto Empresarial, por mor de la Ley de Secretos Empresariales 1/2019, que es un mecanismo de acceso a la prueba de la que dispone la otra parte que se asemeja al mecanismo del Discovery propio del derecho anglosajón. Destacan las previsiones sobre la confidencialidad de la documentación e información, con la posibilidad incluso de acceder a la documentación que obra en el expediente de la autoridad de defensa de la competencia. Además, las normas de carácter sustantivo no se aplican retroactivamente, a diferencia de las procesales.

En cuanto al concepto de cártel, como conducta anticompetitiva y desde un punto de vista meramente divulgativo, podríamos decir que es la actividad que consiste en coordinar el comportamiento de una empresa en el mercado o influir en los parámetros de competencia a través de conductas tales como la fijación, directa o indirecta, de precios, de otras condiciones comerciales o de servicio, de cuotas de producción o de ventas, los intercambios de información sobre precios a aplicar o cantidades proyectadas; el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, la restricción de las importaciones o las exportaciones o los boicots colectivos, todas ellas comprendidas en el concepto de cártel. Formar parte de un cártel se considera una infracción muy grave en la Ley de Defensa de la Competencia y está comprendida entre aquellas conductas que están prohibidas en el derecho de defensa de la competencia tanto comunitario como nacional.

Ya introduciendo aquello que será objeto de este trabajo, en relación con la prueba y con carácter general, corresponde al demandante la carga de la prueba de la existencia de una práctica anticompetitiva, como puede ser un cártel, por parte de la empresa o empresas a las que se disponga demandar, cuando aquello que ejercita es una acción “stand alone” o acción de resarcimiento que se inicia sin que las autoridades de la competencia hayan sancionado previamente la conducta anticompetitiva y la determinación de los daños, tanto en las acciones “stand alone” como en las acciones consecutivas o “follow on”, iniciadas como consecuencia de la previa sanción de las autoridades de la competencia. En las acciones “follow on” los perjudicados ejercitan la acción de indemnización de los daños y perjuicios una vez firme la resolución sancionadora de la autoridad de la competencia. A la parte demandada le corresponde en cambio la carga de la prueba del “passing-on”, que es la defensa que se basa en el que el demandante no sufrió ningún daño en concepto de sobreprecio, ya que lo repercutió al siguiente eslabón de la cadena de suministro o a sus clientes.

Una vez que hemos examinado someramente estos conceptos generales estamos ya en disposición de abordar el examen de la cuestión relativa a la prueba de la existencia del daño y su cuantificación y para ello procederemos a este análisis a través de la experiencia judicial en los diferentes procedimientos que han tenido por objeto diversos cárteles.

## **2. EL CÁRTEL DE LOS SOBRES.**

A los Juzgados Mercantiles llegaron en primer lugar una serie de demandas en relación al llamado cártel de los sobres. En este caso, si bien se han interpuesto Recursos de Casación, todavía no tenemos una resolución por parte del Tribunal Supremo. La Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, se ha pronunciado ya en diferentes resoluciones sobre este cártel, pudiendo citar, por todas, la Sentencia de 13 de enero de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:184). También se ha pronunciado la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en dos Sentencias de 3 de febrero de 2020 (ECLI:ES:APM:2020:1 y 2). Las respuestas a estos procedimientos en primera y segunda instancia ya nos proporcionan una primera idea de la dificultad de la valoración de la prueba del daño y de su cuantificación. En todos los casos se trataba de procedimientos en los que se reclamaban los daños causados por el llamado “cártel de los sobres”, con base a la Resolución sancionadora de la Comisión Nacional de la Competencia de 25 de marzo de 2013, que divino firme mientras se tramitaban los procedimientos en primera instancia. En estos procedimientos las demandas se interpusieron por aquellos que habían adquirido sobres (grandes clientes) de empresas que integraban el cártel citado, que fueron sancionados por llevar a cabo conductas anticompetitivas que consistieron en la concertación de precios y reparto de clientes en el mercado de la fabricación de sobres en el territorio nacional. Las conductas anticompetitivas se llevaron a cabo durante un dilatado periodo de tiempo, comprendido entre 1977 y 2010.

En primera instancia los Juzgados Mercantiles de Madrid y Barcelona ofrecieron diferentes respuestas a estas reclamaciones, desde la desestimación de la Demanda por no haber quedado acreditados los perjuicios, hasta la íntegra estimación de la reclamación por parte de los Juzgados Mercantiles de Barcelona, que acogieron la valoración del daño de la prueba pericial aportada por la parte demandante. En cuanto a las Sentencias que resolvieron los respectivos Recursos de Apelación, mientras que la

Audiencia Provincial de Barcelona acabo fijando un porcentaje de sobreprecio de forma estimada, la Audiencia Provincial de Madrid procedió a la valoración del daño sobre la base de la pericial que había aportado una de las partes demandadas.

Nos referiremos con más detalle a las Sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Barcelona. En cuanto a la prueba de la existencia del daño, en las Sentencias dictadas por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona se parte de la presunción del daño, como consecuencia de los actos imputados a las partes codemandadas, porque como indica la Sentencia, si se llevan a cabo prácticas anticompetitivas (cualquiera que sea su naturaleza) es para obtener provecho con ellas y al provecho de una parte se suele corresponder el perjuicio de la otra. La presunción de daño se infiere del informe elaborado por Oxera en el año 2009 (Quantifying Antitrust Damages, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2009) para la Comisión Europea, en el que se indica que el 83% de los carteles causa daño. La Directiva del año 2014 y la Ley de Defensa de la Competencia, en su art 76.3, también establecen esta presunción, sin perjuicio de que admita prueba en contrario. Por tanto, el infractor podrá acreditar que no existió sobreprecio o que existió, pero que no existe una relación causa-efecto con la conducta anticompetitiva. En definitiva, es una simple presunción iuris tantum que puede favorecer a la parte actora.

A partir de ello y partiendo del relato de hechos de la Resolución sancionadora de la Comisión Nacional de la Competencia, la Audiencia llega a concluir que el reparto de clientes conllevaba un acuerdo sobre precio y que se puede considerar plenamente acreditada la existencia de un sobreprecio, pues aunque las empresas que integraban el cártel no fijaban directamente los precios que ofertaban a los clientes, la coordinación en la estrategia y la renuncia a competir, en el marco de una estrategia común, acababa incidiendo en el precio de adjudicación. Finalmente, como se ha adelantado, la Audiencia Provincial de Barcelona acabó aplicando un criterio estimativo en la determinación del sobreprecio, del 20% lineal durante todo el periodo de duración del cártel.

A partir de esta primera experiencia judicial me referiré a continuación a los procedimientos judiciales sobre el cártel de fabricantes de camiones.

### **3. EL CÁRTEL DE LOS FABRICANTES DE CAMIONES.**

Después de esta primera experiencia judicial y a partir, fundamentalmente, del año 2016, llegaron a los Juzgados Mercantiles de toda España, las demandas en las que se ejercitaban las acciones de daños en relación al llamado “cártel de los fabricantes de camiones”. Estos procedimientos han supuesto la llegada de la litigación en masa en el ámbito del derecho de defensa de la competencia y, en consecuencia, el problema derivado de la gestión de los asuntos. Además no solo se han planteado las cuestiones que se habían planteado en los previos procedimientos del cártel de los sobres, sino múltiples nuevas cuestiones procesales que a su vez han requerido de nuevas respuestas por parte de los Juzgados Mercantiles y que se refieren, entre otras, al principio de interpretación conforme, cuestiones relativas a la jurisdicción y competencia, a la prescripción, falta de legitimación activa y pasiva y, de nuevo, a la prueba de la existencia del daño y su valoración. Finalmente se hallan pendientes de resolución por parte del TJUE diversas cuestiones prejudiciales que se han ido planteando por los Juzgados de lo Mercantil y las Audiencias Provinciales, algunas de ellas afectantes al sistema de acceso a las fuentes de prueba actualmente regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En este caso los perjudicados son aquellos que adquirieron camiones de los fabricantes integrados en el llamado “cártel de fabricantes de camiones” , que fueron sancionados por la Comisión Europea por la comisión de una serie de conductas anticompetitivas consistentes en la coordinación de precios entre los principales fabricantes de camiones, así como en repercutir los costes de una normativa más exigente en materia de emisiones en el Espacio Económico Europeo, desde 1977 hasta el 2011, tal y como se deriva de la Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016, publicada el 6 de abril de 2017.

En el caso del “cártel de los fabricantes de camiones” existe, además, una segunda Decisión de la Comisión Europea. En efecto, el 30 de junio de 2020 se publicó en el Diario Oficial de la UE un resumen de dos páginas de la Decisión de la Comisión Europea de 27 de septiembre de 2017 sobre la participación de diversas entidades del grupo Scania en el cártel de los fabricantes de camiones. A la vez se hizo pública una versión provisional no confidencial de la Decisión. Se trata de la segunda Decisión sobre prácticas colusorias de los fabricantes de camiones, que sigue a la que ya se ha indicado, en la que entonces DAF, Daimler, IVECO y Renault/Volvo fueron sancionadas con multas millonarias por un cártel, que salió a la luz como consecuencia de la solicitud de clemencia presentada por MAN (exenta de responsabilidad administrativa por esta infracción). Dado que cinco de los fabricantes se aquietaron a las acusaciones de la Comisión, la versión provisional no confidencial de la primera Decisión sobre el cártel era bastante breve y ello hizo que la brevedad y escasez en detalles del texto publicado no ayudara demasiado a la preparación de sus reclamaciones privadas por daños a las potenciales víctimas. Frente a ello, la Decisión de la Comisión Europea sobre la participación de diversas entidades del Grupo Scania en el cártel, publicada en el DOUE de 30 de junio de 2020, es mucho más descriptiva que la de 19 de julio de 2016 y ofrece nuevos detalles.

En este caso, además de centenares de sentencias dictadas por los Juzgados Mercantiles de toda España, existen decenas de sentencias resolviendo recursos de apelación contra las mismas, a las que después me referiré. Asimismo, como en el caso del cártel de los sobres, tampoco existe pronunciamiento alguno sobre el fondo del asunto por parte del Tribunal Supremo. En el caso de la Sección 15ª, de la Audiencia Provincial de Barcelona, se dictó Sentencia sobre el cártel de fabricante de camiones en fecha de 17 de abril de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:2567), dictada pocos meses después de las Sentencias del cártel de los sobres.

Sobre este marco general y pasando ya al examen de la cuestión relativa a la prueba de la existencia del daño, en general, en estos procedimientos los fabricantes de camiones sancionados por la Comisión suelen oponer que de la Decisión de la Comisión Europea no puede extraerse que la conducta sancionada haya tenido efectos en el mercado, es decir, que haya generado un daño, indicando que la Comisión no ha analizado la existencia de dichos efectos puesto que es una infracción por objeto, no por efecto. En definitiva, oponen que una restricción por objeto de la competencia es aquella que, por su propia naturaleza y sobre la base de la experiencia, puede constatarse que produce un grado suficiente de nocividad para la competencia como para poder considerar innecesario el examen de sus efectos, de manera que en el caso de restricciones por objeto se puede presumir que la conducta tiene el efecto potencial de restringir la competencia, a fin de establecer la responsabilidad por la infracción del art 101 TFUE,

pero eso no permite presumir la causación de daños sobre terceros, en relación a la acción de responsabilidad extracontractual del art 1902 del Código Civil, que es la acción sobre la que se articula la reclamación de daños en estos procedimientos.

Este motivo de oposición se desestima en la generalidad de los casos partiendo del propio contenido de la Decisión de la Comisión Europea, que tras indicar que, teniendo en cuenta la cuota de mercado, el volumen de negocio de los Destinatarios en el EEE, el alcance geográfico de la infracción que abarcó a varios Estados miembros y el carácter transfronterizo de los productos afectados, llega a la conclusión de que “los efectos sobre el comercio son apreciables (apartado 85) Además, de la propia Decisión de la CE resulta acreditado que los destinatarios se intercambiaron las listas de precios brutos (apartado (46)), lo que les permitía calcular mejor el precio neto de sus competidores (apartado (47)), y que tales contactos colusorios estaban destinados a la discusión sobre los precios, los incrementos de precios y la fijación de precios (apartados (49) y (50)). Todo ello se corrobora además a través de la Decisión dictada en el caso de Scania, mucho más detallada, en la cual la Comisión indica que los intercambios de información eliminaban la incertidumbre en el mercado y en la que la Comisión rechaza las alegaciones de Scania de que se tratase de meros intercambios de información y que fueran inocuos para la competencia. Por todo ello, en las sentencias dictadas se acaba concluyendo que , no obstante la parquedad en detalles de la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016, sobre los efectos de las conductas sancionadas, de su literalidad resulta la existencia de efectos en el mercado de camiones con la extensión temporal y geográfica que describe, por lo que cabe concluir la concurrencia de la relación causal que se discute en estos procedimientos por los fabricantes demandados.

Con ello nos encontramos ya en disposición de abordar la cuestión relativa a la valoración del daño, para lo cual debemos partir de dos premisas importantes, cuales son que las autoridades de la competencia en sus resoluciones no estiman ni valoran el perjuicio económico sufrido por los perjudicados, de modo que ese perjuicio se debe discutir y alegar ante los jueces de lo Mercantil y , por otro lado, y no menos importante, que la determinación del daño pasa por definir el “escenario contrafactual”, esto es, recrear qué hubiera pasado si no hubiera existido la infracción, el cártel.

El juez mercantil, una vez que considera acreditada la existencia del daño y la necesaria relación causal, se debe enfrentar a la cuestión relativa a la cuantificación del mismo, siendo esta una cuestión que reviste una extraordinaria dificultad. En efecto, y partiendo de las premisas apuntadas, la práctica nos demuestra que nos enfrentamos a dictámenes contrapuestos, además de dictámenes de las partes actoras y demandadas que son distintos y que han ido variando a través de la experiencia en este tipo de asuntos, ante lo cual, a priori , existen diversas posibilidades, o bien estimar la valoración del daño que propone el informe pericial de la parte actora o proceder a la estimación judicial del mismo y ello en base a estudios o Guías, como la "Guía Práctica para Cuantificar el Perjuicio en las Demandas por Daños y Perjuicios por Incumplimiento de los Artículos 101 o 102 del TFUE ", elaborada por los servicios de la Comisión Europea, que ofrece diversos parámetros para facilitar la labor de cuantificación del daño o el informe Oxera, al que ya nos hemos referido. O, finalmente, acoger las conclusiones de las pruebas periciales que nos aportan los fabricantes demandados.

En este momento la solución judicial más frecuente es aquella que no considera suficientemente convincente la cuantificación del daño que se deriva de la pericial de la parte actora y por ello acude a la estimación judicial del mismo, si bien, en el ámbito de

la estimación judicial del daño las variaciones son muy significativas y los porcentajes del sobrecoste causado por el cártel oscilan entre el 5% y el 15% del precio de adquisición del vehículo. Se ha estimado el 5% como porcentaje del sobrecoste causado por el cártel entre otras, por la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia (ECLI:ES:APV:2019:4151), por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, desde su Sentencia de 28 de febrero de 2020 (ECLI:ES:APPO:2020:471) , por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en la sentencia antes citada de 17 de abril de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:2567), o por la Audiencia Provincial de Zaragoza, desde su Sentencia de 27 de julio de 2020, en el Rollo de Apelación 1413/2019 o por la Audiencia Provincial de Zamora en su sentencia de fecha de 16 de octubre de 2020 (ECLI:ES:APZ:2020:501). Frente a ello, otras Audiencias Provinciales han optado por estimar el daño en porcentajes más elevados, como la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 4 de junio de 2020, que lo ha estimado en un 15% o la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante, de 15 de octubre de 2020, en su Rollo 1534/2020, que ha estimado un sobrecoste derivado del cártel en un porcentaje del 10%.

Sin embargo ello requiere detenerse en una exposición un poco más detallada, que nos obliga a poner el foco de atención en diversas cuestiones. La primera de ellas nos lleva a preguntarnos la razón por la que resulta tan difícil cuantificar el daño en los procedimientos del cártel de los fabricantes de camiones, pudiendo responder que ello obedece a múltiples factores, como pueden ser que se trata de un cártel de larga duración, que se inicia en 1997 y se extiende hasta 2011, lo que a su vez genera un problema importante de disponibilidad de datos. Además, es un cártel a nivel europeo, lo que dificulta también la elección de mercados comparativos, y en el que intervienen múltiples variables (modelos o tipos de camión, entre otros). Algo que además añade sin duda una notable dificultad es el hecho de que en España se haya optado por múltiples Demandas individuales de escasa cuantía y no por acciones colectivas, que en su caso podrían haber sido iniciadas por fondos de litigación a los que se ceden derechos o que financian el coste del proceso con una participación en el resultado. Ello ha motivado que los actores no puedan incurrir en grandes costes. En definitiva, a la complejidad intrínseca a la valoración del daño, se suman estos factores, más el de la dificultad probatoria derivada de la dificultad para obtener, entre otros, datos de compras de camiones desde el inicio del cártel, así como anteriores y posteriores, información de precios netos, datos sobre indicadores de costes de producción, evolución de la demanda y los que se derivan de las características de cada camión.

Identificados todos estos problemas, como ya se ha apuntado, el objetivo último de la cuantificación será determinar qué habría pasado sin la infracción, cuestión ésta especialmente dificultosa, pues nos encontramos con múltiples limitaciones, habida cuenta que es imposible saberlo con certeza. Por tanto, a lo sumo, obtendremos una mera hipótesis o estimación y deberemos partir de una premisa fundamental, cual es que no existe un único valor, sino mejores estimaciones.

Sin embargo para ello contamos con la ayuda de la Sentencia que dictó el Tribunal Supremo en el caso del Cártel del Azúcar, el 7 de noviembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5819) , en la que sienta las bases para valorar el daño derivado de infracciones anticompetitivas y que podemos resumir de la siguiente forma: Se exige que la pericial de la actora formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos. Por lo tanto , aunque en estos procedimientos

debemos realizar una valoración de los informes periciales aportados conforme a las reglas de la sana crítica, tal y como dispone el art 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin obviar por ello la valoración en su conjunto la prueba practicada, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo en la Sentencia del Cártel del Azúcar, deberemos ponderar si los informes parten de bases correctas y utilizan un método razonable entre los que propugna la ciencia económica y son admitidos por los tribunales de otros países para el cálculo de los daños causados a los demandantes, como es estimar qué habría ocurrido de no haberse producido la práctica restrictiva de la competencia. La imposibilidad de realizar una reproducción perfecta de la situación sin cártel, no debe impedir el resarcimiento de las víctimas ni debe impedir que reciban una indemnización adecuada al perjuicio sufrido. El juez debe tener mayor flexibilidad, aunque a pesar de la dificultad en la cuantificación de esta clase de asuntos, la parte actora debe realizar un esfuerzo probatorio. En todo el caso el juez no puede llegar a soluciones salomónicas (como puede ser el 50%) y carentes de justificación. Si la demandante no atiende suficientemente la carga de probar el perjuicio, resulta legítimo en infracciones de esta clase, caracterizadas por la enorme dificultad probatoria y por la extrema onerosidad de acceso a las fuentes de prueba, que el tribunal identifique un método de valoración razonable.

En definitiva, constatada la existencia del daño hay que tener en cuenta la extraordinaria dificultad que plantea su cuantificación, lo que habilita al órgano judicial a su estimación, siempre que la reclamante haya realizado un esfuerzo probatorio suficiente y razonable, en relación a las concretas circunstancias del caso.

En cuanto a la experiencia judicial en este tipo de casos, suele descartarse el informe de los demandados, en cuanto concluye que no existe daño o que éste incluso se mueve en porcentajes negativos o bien que, aunque pudo llegar a existir un sobreprecio, éste no produjo un efecto significativo y homogéneo en el mercado. Las razones que llevan a descartar esta conclusión son, muy sucintamente, que se trata de una conclusión que choca con la interpretación de la Decisión, completada con la Decisión Scania, antes comentadas. Así, sobre el contenido y alcance de estas dos Decisiones de la CE se deduce una relación de causalidad entre la conducta sancionada y el precio de los camiones. Además, las conductas de los cárteles causan daños (informes Oxera y Smuda), por lo que opera presunción iuris tantum del daño que favorece a la actora.

En cuanto a las periciales de las actoras, se han presentado de dos grandes tipos. Las que se aportaron en los primeros procedimientos, basadas en estudios empíricos (Smuda, Connor). Se trata de informes periciales que se basan en la literatura y cuantifican el sobreprecio en un 20,70%. Se han rechazado por los Juzgados Mercantiles y las Audiencias Provinciales, en tanto que se basan en estudios de investigación ajenos a la cuantificación del daño y realizan una mera media aritmética que no se basa en ningún método de la Guía de la Comisión, a la que antes nos hemos referido. En estos procedimientos si el juez, por las razones expuestas, no acogía la pericial de la parte demandada y tampoco era aceptable el método de valoración propuesto por la actora, parecía bastante claro acudir a la estimación judicial, de acuerdo con las bases sentadas por la Sentencia del Tribunal Supremo sobre el cártel del Azúcar.

Sin embargo, posteriormente, las actoras han ido presentando periciales cada vez más elaboradas y sofisticadas, que ofrecen diferentes métodos de valoración. En efecto, hemos asistido a la presentación por las actoras de periciales más consistentes y fundadas en métodos de cuantificación de la Guía Práctica de la Comisión. Estos



métodos de cuantificación consisten, muy resumidamente, en la comparación con periodos anteriores y posteriores y con mercados no afectados (Reconstrucción de índices propios, IPRI, índice de precios industriales, camiones ligeros); en la combinación de ambos métodos (diferencia de las diferencias) y en Métodos no comparativos (regresiones econométricas, modelos económicos sobre funcionamiento probable del mercado).

Por ello ahora el debate de fondo que subyace es que, en tanto que todos los métodos presentan problemas y es imposible recrear qué habría pasado sin la infracción: ¿Qué nivel de prueba tenemos que exigir a la actora? ¿Debemos acoger una pericial de parte, con ciertas inconsistencias, antes que acudir a la estimación judicial, basada en macroestudios científicos –Oxera- o sobre la base de la Guía de la Comisión y que puede llevar a cierta arbitrariedad en la cuantificación?

Pues bien, todos los problemas enunciados y este debate de fondo explican las diversas cuantificaciones, que, como he indicado, en su mayoría y por el momento, se decantan en buena parte por la estimación judicial, aunque con un arco de porcentaje del sobreprecio que abarca desde el 5% hasta el 15%. Pero cada vez más encontramos, sobretodo en la primera instancia, pero también por algunas Audiencias Provinciales, como Valladolid o Cáceres, sentencias que estiman íntegramente las reclamaciones de los perjudicados. La estimación íntegra de las reclamaciones se asienta en este caso sobre la base de la Sentencia del Tribunal Supremo sobre el Cártel del Azúcar, y en tanto que la actora aporta una pericial que contiene una estimación razonable, acomodada a la Guía Práctica de la Comisión. Se basan, además, en las críticas al “*contrainforme*” de la demandada. En definitiva, se acoge la valoración de la actora porque la demandada no ha desplegado prueba que acredite la inexistencia del daño y porque la pericial de la actora formula una hipótesis razonable técnicamente fundada sobre datos contrastables. En definitiva, sus conclusiones son razonables y además se fundan en los problemas de la estimación judicial (establecer un porcentaje a tanto alzado puede ser arbitrario y aleatorio con la consiguiente indefensión para las dos partes). Por ello y siguiendo las bases de la tan citada Sentencia del Cártel del Azúcar, concluyen que el dictamen pericial de la parte actora formula una hipótesis razonable y técnicamente fundada, por lo que, en ausencia de otra hipótesis alternativa mejor fundada, la valoración del sobreprecio que proponen las reclamantes en sus periciales ha de ser acogida y ha de ser considerada acertada.

Un ejemplo ilustrativo de lo que se ha expuesto, es la reciente Sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 3 de noviembre de 2021 (Rollo 190/2021), que considera que, aunque se aceptara un criterio de estimación judicial del daño, no se puede compartir que el principio de prudencia justifique la aplicación de un rango inferior de sobreprecio, como puede ser el 5%. De este modo, razona que, en trance de valorar el daño, lo que aconseja la prudencia judicial es aplicar el rango más frecuente conforme a la experiencia judicial obtenida de los distintos informes de valoración del daño sobre el mismo supuesto y los datos estadísticos que se recogen en la Guía Práctica de la Comisión, que residencian mayoritariamente el daño un porcentaje que oscila entre el 10% y el 20% (o superior). Lo excepcional es que el daño sea inferior al 10% y el rango prudencial no puede ubicarse en lo excepcional, sino en el promedio, esto es, el rango más frecuente conforme a las características y duración del cártel objeto de valoración. Además nos recuerda como el 10% de exceso de precio se ha acogido en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 15 de octubre de 2020 o del 15% en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 4 de junio

de 2020 y con base , en los dos casos , en la ponderación o estimación judicial del daño, lo que refuerza, a criterio de la Sala , la razonabilidad de las conclusiones que alcanza la pericial de la parte actora, que cuantifica el sobre precio en el porcentaje del 14,87% en el caso concreto que examina.

Y, finalmente, debemos referirnos a la excepción, que es la Sentencia dictada por el Juzgado Mercantil de Oviedo el 12 de abril de 2021 (ES:JMO:2021:3265), que concluye que “*está acreditado científicamente que no hubo sobreprecio*” y procede a desestimar la reclamación. Esta Sentencia ha sido revocada recientemente por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sentencia 882/2021, de 7 de octubre de 2021, ECLI:ES:APO:2021:2713). La sentencia de Apelación considera que sostener que los intercambios de información y alineamiento de precios que hubieron de producirse necesariamente, constituyen comportamientos inocuos para la formación de precios finales, sin repercusión para el consumidor final, es algo que no puede compartirse. Declara, además , que aunque no resulte de aplicación la normativa vigente y sus presunciones de causación de daños a consecuencia de la conducta anticompetitiva, no se reputa necesaria la existencia de tal norma, pues la presunción está en la naturaleza de las cosas, siguiendo con ello la línea de razonamiento ya iniciada con las primeras sentencias sobre el cártel de los sobres y concluye que, en definitiva, que las subidas de precios brutos inciden en un aumento del precio final es un efecto natural del mercado . En cuanto a la valoración del daño, se fija de forma ponderada y prudente un sobreprecio del 8% del precio de adquisición de cada uno de los camiones objeto de litigio. Para ello parte, entre otros elementos, de que estamos ante un cártel de larga duración (1997 a 2011) donde los implicados son empresas con un volumen de negocio elevado y que se ha extendido a todo el EEE, habiendo tenido por objeto el intercambio de información en relación con las listas de precios brutos y la repercusión del sobreprecio de la emisión de gases. Asimismo parte de la propia Decisión, de la que considera que se deduce que se ha generado una clara distorsión en el mercado. Finalmente, considera esta valoración acorde con el criterio que se sigue en otras Audiencias que se han pronunciado en procesos similares.

Para finalizar este capítulo de este breve trabajo, me gustaría referirme, aunque sea someramente, a la prueba del passing- on, así como a los pronunciamientos judiciales en materia de reclamación de los intereses.

En relación al passing- on procede preguntarnos: ¿Cómo debe afrontar el demandado la prueba del passing- on para que esta alegación pueda prosperar? Pues bien, de nuevo la Sentencia del Tribunal Supremo del Cártel Azúcar, nos recuerda la carga de la prueba del passing -on (defensa del cartelista que consiste en negar que el comprador directo ha sufrido daño derivado del sobreprecio porque lo ha repercutido a sus clientes “aguas abajo”). En ella el Tribunal Supremo admitió la posibilidad de oponer esta defensa, pero la carga de la prueba es de la empresa infractora y no le basta con probar que el comprador aumentó sus precios, sino que debe acreditar que con el aumento de precio cobrado a sus clientes ha logrado repercutir el daño sufrido por el aumento de precio a consecuencia de la actuación del cártel.

En la práctica nos encontramos con formulaciones genéricas de esta defensa por parte de los cartelistas, que alegan que el actor ha trasladado cualquier supuesto sobreprecio aguas abajo al repercutirlo en las actividades profesionales de prestación de servicios que realiza, aduciendo la amortización fiscal del sobreprecio o que se ha recuperado el supuesto sobreprecio con la reventa del camión.

En general se rechazan en tanto que, fundadas en formulaciones teóricas, carecen de toda actividad probatoria específica que las sustenten. Algunas sentencias señalan, además, que existe cierta contradicción entre negar la existencia de sobrecoste como argumento defensivo principal y oponer el pass-on.

Específicamente en cuanto a las solicitudes de acceso a las fuentes de prueba al amparo de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la defensa passing-on, el Considerando 15 de la Directiva 2014/104, a fin de garantizar la igualdad de armas, extiende la facultad de solicitar la exhibición de fuentes de prueba a los demandados en las acciones por daños. En este sentido, el art 283 bis A) de la Ley de Enjuiciamiento Civil, prevé la posibilidad de que el tribunal, a petición del demandado, pueda ordenar a la parte demandante o a un tercero, a exhibición de pruebas pertinentes.

En este ámbito del acceso a las fuentes de prueba por parte del demandado, encuentra utilidad cuando se propone acreditar que se han repercutido los sobrecostes derivados del cártel (passing-on) y, por tanto, pretenda reducir o neutralizar la cuantía del daño a compensar. La cuestión que se ha planteado en las acciones follow on derivadas del cártel de fabricantes de camiones, es si los demandados pueden fundamentar una solicitud de acceso a las fuentes de prueba para justificar "ad cautelam", la posible repercusión del daño y ello a pesar de que su estrategia de defensa principal se basa en la negación absoluta de la causación de un perjuicio económico como consecuencia de las conductas sancionadas por la Comisión. Por ello algunas resoluciones han entendido que procede rechazar estas peticiones por falta de los presupuestos de pertinencia y utilidad, pues la defensa del pass-on requiere la constatación de que el daño se produjo y, en consecuencia, la negación total del perjuicio y del sobrecoste debe determinar que la solicitud del demandado carezca de justa causa y de interés legítimo. En otros casos, se han desestimado estas peticiones por cuanto se ha considerado que no se cumplía el requisito de la proporcionalidad, pues la parte demandada solicitaba una amplísima documentación contable y fiscal de la actora, referida incluso al periodo posterior a la infracción.

Finalmente, en relación a las reclamaciones por los perjudicados en materia de intereses, se trata de una cuestión muy relevante, teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos los perjudicados adquirieron sus camiones en los años 2008, 2009 o 2010 y se dictan las Sentencias cuando ha transcurrido más de una década. Las partes demandadas han venido sosteniendo que los intereses solo se podrían devengar desde la Demanda o desde la Sentencia. Sin embargo la respuesta que se ha venido imponiendo es aquella que considera que, partiendo de la Guía Práctica de la Comisión, que establece que cualquier persona perjudicada por una infracción tiene derecho a la reparación por ese perjuicio, debe entenderse que esta reparación significa "devolver a la parte perjudicada a la situación en que habría estado si no hubiera habido infracción". En efecto, el apartado 20 de la Guía Práctica establece lo siguiente: "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. Estos efectos son la depreciación monetaria y la oportunidad perdida para la parte perjudicada de tener el capital a su disposición. 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". Por ello se viene resolviendo que los intereses se computarán desde la fecha

de adquisición del vehículo, sin perjuicio de los que se devenguen desde la Demanda y los que prevé el art 576 LEC sobre los intereses de la mora procesal.

#### **4. EL CÁRTEL DE MANIPULACIÓN DEL EURIBOR Y PREVISIONES DE FUTURO.**

Más recientemente se han dictado Sentencias por algunos Juzgados Mercantiles , en concreto de Barcelona, Girona, Alicante , Madrid y Palencia, a partir de los meses de julio y septiembre de 2021, sobre el llamado cártel de manipulación del EURIBOR, respecto de las cuales, obviamente, no existe ningún pronunciamiento por parte de las Audiencias Provinciales en Apelación. Esta nueva experiencia judicial no ha hecho más que evidenciar, una vez más, la extraordinaria dificultad que existe en la materia que se ha venido analizando, pues habiéndose dictado aproximadamente algo más de una decena de Sentencias, la mitad de ellas desestiman las Demandas, básicamente por considerar que no ha quedado acreditado el daño y la relación de causalidad y que, en definitiva, no se ha acreditado la causación de un daño en el mercado hipotecario, mientras que el resto solo reconocen a la parte actora una compensación que equivale a la cantidad mínima resultante de la prueba pericial aportada por la reclamante en cada caso, por cuanto, aunque consideran que el informe pericial que aporta la parte actora no es totalmente asumible, sí que aceptan que, como se desprende del mismo, la conducta sancionada pudo tener como efecto (en el sentido de un daño con relación de causalidad en relación a la hipoteca de los demandantes), el aumento artificial del EURIBOR, aunque ese efecto habría sido mínimo.

En este caso se trata de Demandas interpuestas por los daños causados por la manipulación de los tipos de interés en euros (EONIA y EURIBOR) y que se han interpuesto contra dos de las Entidades sancionadas por la Comisión (Deutsche Bank AG y Barclays Bank plc), por haber participado en el cártel de derivados financieros de tipos de interés en euros, y que han sido entabladas por aquellos que habían contratado con estas entidades financieras , o bien con otras entidades, créditos hipotecarios con el tipo de interés variable referenciado al EURIBOR.

Para finalizar, además de todas las Demandas de daños causados en los diferentes cárteles que se han ido exponiendo, también se han presentado en los Juzgados Mercantiles otras demandas en ejercicio de acciones de daños en otros casos de cártel y conductas anticompetitivas, como por ejemplo, los de cables eléctricos y combustibles. Se han presentado, además, las primeras Demandas sobre el cártel de la leche y se prevé la entrada masiva de Demandas referidas al llamado cártel de los fabricantes de coches. Todo lo hasta aquí expuesto me lleva a presagiar que en estos casos, de nuevo, nos enfrentaremos a las mismas dificultades a la hora de establecer un escenario contrafactual, así como en los relativo a la identificación del daño y su valoración y ello por cuanto no es posible acudir a paralelismos directos entre los diferentes casos, al tratarse de conductas, periodos temporales y mercados muy diversos en cada uno de ellos.

