

Novedades sobre las reclamaciones judiciales del “cártel de los camiones”. Las diversas posiciones de los tribunales españoles

Javier López y García de la Serrana.

Profesor Contratado Doctor de Derecho Mercantil (Acred). Abogado-Socio-Director de HispaColex Bufete Jurídico.

Presidente de la red de despachos Hispajuris.

Artículo Monográfico. Julio 2019

Referencia: SP/DOCT/82973

I.El cártel de los fabricantes de camiones y la interposición masiva de demandas

El 19 de julio de 2016, la Comisión Europea informó de la imposición de una sanción histórica a los principales fabricantes de camiones medios y pesados, por un importe total de casi 2.930 millones de euros, por varias conductas antitrust (Asunto AT 39824 Camiones). Los hechos investigados se remontan a 17 de enero de 1997 y se extienden hasta 18 de enero de 2011, cuando la Comisión, gracias a que uno de los miembros del cártel (el fabricante MAN) delató su existencia en el marco de un programa de clemencia que le ha evitado la sanción administrativa, comenzó a investigar la posible coordinación de los precios de esos camiones fabricados durante ese periodo, así como el acuerdo sobre el calendario para la introducción de tecnologías sobre emisiones, y la transmisión a los clientes de los costes de introducción de esas tecnologías.

Si bien el 19 de julio de 2016 se dio noticia de la Decisión provisional de la Comisión Europea recaída en este asunto, no se publicó en la web de la Dirección General de la Competencia de la Comisión Europea hasta el 6 de abril de 2017, y por tanto a partir de entonces fue cuando se pudo conocer con precisión la identidad de los infractores y otros extremos de las conductas realizadas. En esencia, se han constatado acuerdos y prácticas concertadas para la coordinación de los precios brutos de los camiones medios (de seis toneladas a dieciséis toneladas) y pesados (de más de dieciséis toneladas), tanto camiones fijos como cabezas tractoras, mediante intercambio de listas de precios brutos, y mediante intercambio de los datos de los configuradores de venta de los camiones; acuerdo sobre el calendario a seguir para la introducción de tecnologías para cumplir con la normativa europea sobre emisiones (normas EURO 3 a 6); y acuerdo para la transmisión a los clientes de los costes de introducción de las tecnologías sobre emisiones exigidas por la normativa europea mencionada.

Además de MAN, eximida del pago de sanción, han formado parte de ese cártel los fabricantes Daimler, DAF, Volvo/Renault e Iveco. Todos ellos han reconocido los hechos en el expediente abierto por la Comisión, gracias a lo que se han beneficiado de una reducción en la sanción del 10 por 100. Por otro lado, el 27 de septiembre de 2017 la Comisión hizo pública la imposición a Scania de una sanción de algo más de 800 mil euros por la participación en este cártel: al contrario que el resto de los fabricantes, Scania ha negado su participación, recurriendo la sanción el 11 de diciembre de 2017 ante Tribunal General de la Unión Europea, apoyando su recurso en nueve motivos que pueden consultarse en el DOCE de 5 de febrero de 2018. Así pues, habrían participado en el cártel casi la totalidad de los fabricantes europeos, siendo igualmente el ámbito geográfico de dichas conductas colusorias todo el Espacio Económico. Todo ello ha sido calificado en la Decisión como una infracción única y continuada de los arts. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del y 53 Acuerdo EEE, que siguió un patrón similar a lo largo de todo el periodo de la infracción (parágrafo 73 in fine de la Decisión), de forma que si bien a partir de 2004 las conductas colusorias de algunos fabricantes tuvieron lugar entre sus sociedades filiales alemanas, tenía el mismo objeto y fueron continuación de las conductas realizadas hasta entonces por las sociedades matrices (cf. parágrafo 74).

En la Decisión queda reflejado que el objetivo de estas conductas colusorias era coordinar los precios brutos y la introducción de ciertas normas sobre emisiones con el fin de eliminar incertidumbre sobre el comportamiento de los fabricantes destinatarios de la Decisión y en última instancia la reacción de los clientes, de forma que las prácticas

colusorias tenían un solo objetivo económico: la distorsión de la fijación de precios independiente y el normal desenvolvimiento de los precios de los camiones en el EEE. De la alteración en la fijación de los precios en el marco de la libre competencia, resulta un daño para el conjunto de los adquirentes de esos productos, que será mayor o menor en función de cada caso. Sobre dicha conducta, ha señalado el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Valencia, en Sentencia 20 febrero 2019, que "La conducta sancionada no consistió en un mero intercambio de información entre las empresas cartelistas, guiadas con la sola intención de hacer el mercado de venta de camiones más transparente, aunque cabe igualmente señalar que ese solo extremo ya distorsionaría la fijación de precios en ese mercado, al reducir el margen de incertidumbre con el cual las empresas compiten entre sí en un mercado perfecto, lo que necesariamente habría tenido alguna suerte de incidencia en la determinación de esos precios. Pero, abandonando este último argumento, cabe afirmar que de la Decisión sí se desprende la comisión de una infracción susceptible de generar daños en forma de sobreprecio al destinatario final del producto cartelizado, es decir, al adquirente de un camión como el que compró la parte actora en este proceso".

Cualquier persona tiene derecho a la reparación del perjuicio que le haya generado un comportamiento antitrust. Es indiferente que sea un comprador directo (en este caso generalmente los concesionarios) o indirecto (quienes han adquirido los camiones, incluso si ha sido mediante leasing). Los daños por el acuerdo de fijación de precios pueden ser tanto por el «coste excesivo» (daño emergente) que los clientes directos e indirectos de los infractores han pagado de más por cada camión, como incluso por el «efecto volumen» (lucro cesante), causado por el hecho de que, debido al aumento de los precios, ha podido existido una menor compra de esos vehículos (para los concesionarios) o una menor contratación de servicios a los adquirentes de los camiones. Por tal razón, desde poco tiempo después de anunciarse la imposición de la sanción por parte de la Comisión, los colectivos afectados se han ido organizando para articular las reclamaciones procedentes, ofreciendo a los mismos sus servicios diferentes despachos profesionales, entre ellos los integrantes de la red de despachos al que quien esto escribe tiene el honor de presidir (HispaJuris).

II. La reclamación de daños por el cártel de los fabricantes de camiones. Algunas cuestiones procesales

1. Jurisdicción competente

Las empresas que constan como infractoras en la Decisión de la Comisión Europea, son todas sociedades con domicilio fuera de España. Por ello, una de las primeras cuestiones que se han planteado es si cabe la posibilidad de reclamar judicialmente los daños ante los tribunales españoles. En nuestra opinión la respuesta es afirmativa. Estamos ante una responsabilidad de naturaleza extracontractual, así que por aplicación de las normas de jurisdicción especial contenidas en el art. 7 del Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I refundición; RB I bis), "Una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro: (...) 2) en materia delictual o cuasidelictual, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso".

El lugar donde se ha producido el hecho dañoso (en nuestro caso, España), no necesariamente coincide con el lugar donde se ha producido el hecho generador del daño. Como precisa el art. 4.1 del Reglamento (CE) n.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II): "la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión". En el mismo sentido, si bien referido al precedente Reglamento n.º 44/2001 (art. 5, punto 3), resulta de especial interés lo declarado por el TJUE en sentencia de 21 de mayo de 2015 (Caso Hydrogen), por tener por objeto una cuestión prejudicial relativa a la competencia judicial internacional en un caso en el que se reclamaba judicialmente una indemnización a demandados domiciliados en diferentes Estados

miembros a causa de una infracción única y continuada del art. 101 TFUE y del art. 53 del Acuerdo EEE. En ella, el TJUE declara que "En el caso de un perjuicio consistente en los sobrecostes pagados a causa de un precio artificialmente elevado, como el del peróxido de hidrógeno objeto del cártel en cuestión en el litigio principal, ese lugar sólo es identificable en relación con cada una de las presuntas víctimas considerada de forma individualizada, y en principio corresponde al domicilio social de ella". Y por ello responde a la cuestión planteada que "cuando se reclama judicialmente una indemnización a demandados domiciliados en diferentes Estados miembros a causa de una infracción única y continuada del art. 101 TFUE y del art. 53 del Acuerdo EEE, en la que han participado esos demandados en varios Estados miembros en diferentes momentos y lugares, infracción que ha sido declarada por la Comisión, el hecho dañoso se ha producido respecto a cada supuesta víctima considerada individualmente, y en virtud del citado art. 5, punto 3, cada una de esas víctimas puede elegir entre ejercer su acción ante el tribunal del lugar en el que fue definitivamente constituido el cártel, o del lugar en el que en su caso fue concluido un arreglo específico e identificable por sí solo como el hecho causal del perjuicio alegado, o bien ante el tribunal del lugar de su propio domicilio social".

Nuestros tribunales se han ido pronunciando al respecto. En algunos casos las demandas se han interpuesto contra las filiales de las sociedades destinatarias en España, en cuyo caso al tener la demandada nacionalidad española y domicilio en España, se ha advertido "que en ningún caso cabe plantear la falta de jurisdicción de este juzgado para el conocimiento del pleito, tal y como ha sido determinado en la demanda, y no en los términos ideales que argumente la parte demandada", sin perjuicio de que "esté o no bien constituida aquella relación procesal en términos ad causam". Así lo señaló el Juzgado de lo Mercantil n.º 12 de Madrid, en Autos de 23 de mayo, de 12 de septiembre y de 10 de octubre de 2018, en unos procedimientos en los que la demandada era Volvo Group España, S.A.U.

En la mayoría de los casos las entidades demandadas han sido las sociedades destinatarias de la Decisión. En tales casos, las resoluciones que han resuelto las declinatorias se han apoyado especialmente en el criterio expuesto en la citada sentencia del TJUE de 21 de mayo de 2015. Así lo han hecho por ejemplo el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Valencia en Auto de 31 de mayo de 2018, el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada en Auto de 29 de diciembre de 2018, o Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Valencia de 4 de octubre de 2018 en Auto de 4 de octubre de 2018, entre otros muchos juzgados. En todos ellos se atiende al Estado miembro en el que se advierte una vinculación más estrecha con el caso en concreto. En último auto citada, se indica por ejemplo que "en este caso, cuando la presunta venta con sobrecostes se realizó en Valencia, a través de un distribuidor radicado en Valencia y siendo la actora valenciana, esa vinculación se presenta con España, siendo los tribunales valencianos los que aparentemente están mejor situados para analizar, con todas las garantías posibles y de manera eficaz, las particularidades del caso, las características económicas de la operación trabada o del daño que se dice sufrido por la actora, junto con el resto de circunstancias que pueden ser relevantes examinar en este tipo de procesos (pass-on defense)".

2. Competencia territorial

Igualmente, en cuanto a la competencia territorial, hay que atender a esa proximidad. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en Auto de 26 de febrero de 2019, resolvió un conflicto de competencia territorial que se sustanció entre los juzgados mercantiles de Valladolid y Valencia. La demanda de indemnización de daños por infracción del Derecho de la competencia se presentó ante el juzgado mercantil de Valladolid contra Renault Trucks SAS - con domicilio en Francia- y Renault España SA -con domicilio en Valladolid-. Posteriormente, el demandante desistió respecto de Renault España SA y amplió la demanda frente a Volvo Group España SA, en tanto que forma parte del grupo Volvo y Renault Trucks SAS, ambas sancionadas por la práctica colusoria, y solicitó la inhibición a los juzgados de Madrid, domicilio social de Volvo Group España SA. El juzgado mercantil de Valladolid, antes de admitir la demanda, previa audiencia de las partes sobre una eventual falta de jurisdicción y competencia territorial se declaró incompetente y se inhibió en favor de los juzgados de Valencia porque allí está el domicilio del demandante y allí se materializó el perjuicio. El juzgado mercantil de Valencia, por su parte, consideró que el lugar

donde se había materializado el daño era donde se compró el vehículo, y dedujo que había sido en Madrid por la factura de compra. Por bien, el Supremo constató la ausencia de normas especiales de competencia territorial para las acciones de derecho privado de la competencia, advirtiendo que el fuero general de competencia territorial no colma las exigencias de la Directiva de una protección eficaz de las reclamaciones, así como que, en una generalidad de casos, la adquisición de vehículos con sobreprecio tiene lugar mediante un concesionario de la marca o multimarca. El concesionario no puede ser considerado establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad, a los efectos del art. 51.1 LEC, porque en los contratos de concesión o distribución intervienen dos empresarios independientes. El concesionario actúa siempre en su propio nombre y por su cuenta.

Ante esta perspectiva, concluye, el fuero más próximo a la regulación de las acciones de derecho privado de la competencia es el de competencia desleal, previsto en el art. 52.1.12º LEC. Este fuero atribuye la competencia al tribunal del lugar donde el demandado tiene su establecimiento, y, a falta de este, al del domicilio o lugar de residencia. Como último fuero subsidiario, cuando el demandado carezca de domicilio o lugar de residencia en España, se prevé un fuero electivo para el demandante: el lugar donde se haya realizado el acto o donde se produzcan sus efectos. El lugar de realización del acto dañoso, que es el acuerdo cartelizado, puede inducir a confusión, pero no ocurre lo mismo con el lugar de producción de efectos, que es donde el demandante ve repercutido el sobreprecio, y que puede identificarse sin problemas adicionales con el lugar de adquisición del vehículo. Dentro de los múltiples fueros aplicables, el juzgado de Valladolid remite los autos al juzgado mercantil de Valencia, lo que resulta correcto toda vez que de la factura de compra y de los demás datos que resultan de las actuaciones, se desprende que el lugar donde se celebró la compraventa se encuentra en el partido judicial de Valencia. Concluye que el "lugar de producción de efectos" se identifica correctamente con el de lugar de compra del vehículo, toda vez que en el mismo tiene lugar la repercusión del sobreprecio.

3. Competencia objetiva

Respecto a la competencia objetiva, mayoritariamente se entiende que corresponde a los Juzgados de lo Mercantil, con arreglo al art. 86 ter 2,f) LOPJ, conforme al cual los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de los procedimientos de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (actuales arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) y su Derecho derivado. Hay que partir de que aunque con ocasión de las acciones privadas relacionadas con el derecho antitrust se apliquen otros preceptos además de los propios del Derecho de la competencia, incluso en esos casos aquella aplicación privada presenta unas peculiaridades importantes que justifican la especialización. Entendemos que eso es claro cuando se ejercen acciones de resarcimiento de daños. Incluso cuando se ejercen otras como las acciones de nulidad, el Juzgado de lo Mercantil n.º 12 de Madrid, en Autos de 10 de septiembre de 2018, y dos de 9 de octubre de 2018, ha declarado la competencia de los juzgados de lo mercantil. En los mismos señala que "En este caso, ejercicio de acción declarativa de nulidad del precio del contrato de compraventa, como consecuencia de la conducta colusoria sancionada en el " Cartel de Camiones" de 19-7-16 Caso AT 39824, solicitando en su encabezamiento reclamación de cantidad, y en el suplico declarativa de nulidad del precio, y condena a las demandadas al pago al actor la cantidad de 7.464,13 euros, al margen de la defectuosa redacción de la actora, lo que es objeto de procedimiento es el ejercicio, a partir de una decisión tomada como consecuencia de una práctica restrictiva de la competencia realizada por los demandados (según alega el actor), una acción declarativa de nulidad del precio de la compraventa efectuada entre las partes, así como condena a demandados a pagar a la actora el "supuesto sobrecoste". La competencia, tal y como se establece en la resolución mencionada de la Ap de Madrid, es de los Juzgados de lo Mercantil, por cuanto al margen de la acción concreta ejercitada (nulidad, 1902 Cc, daños y perjuicios), todas ellas provienen de una actuación contraria a la defensa de la competencia en los términos previstos en TFUE y LDC ".

Como excepción a esa interpretación mayoritaria entre nuestros tribunales, cabría citar lo declarado por la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en cuya sentencia de 22 de marzo de 2019 se indica que "La acción que

nos ocupa no está fundada en ninguno de los supuestos del art. 86 ter de la LOPJ, pues se trata de una acción de reclamación de cantidad por responsabilidad extracontractual del art. 1902 del Código Civil, basada en la conducta negligente de los codemandados como consecuencia de la resolución dictada por la Comisión Europea el 19 de julio del 2016 y publicada el 6 de abril del 2017 en el Diario Oficial de la Unión Europea, en la que se apreciaba que los codemandados habían infringido el art.101 del TFUE en tanto que habían realizado a cuerdos y practicas concertadas sobre la fijación de precios y los aumentos de precios brutos con el fin de alinearlos precios brutos en el Espacio Económico Europeo, lo que ha producido daños en el patrimonio de la parte actora, que en el espacio de 17 de enero de 1997 a18 de enero del 2011, adquirió varios vehículos afectados por dicha conducta. No estamos ante una acción que esté basada en el derecho de la competencia desleal, o propiedad industrial, intelectual etc., ni ante una acción basada en los arts. 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y su derecho derivado, pues se trata de una acción derivada de una conducta ya determinada por los organismos europeos competentes como negligente y que, por lo tanto, la competencia es de la Jurisdicción Civil, por lo que las actuaciones deben ser remitidas al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º 5 de COSLADA para la tramitación del procedimiento, todo ello sin imposición de costas conforme a los arts. 394 y 398 de la LEC".

4.Legitimación pasiva

Como ha venido a señalar el Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Barcelona en Sentencia de 23 enero 2019, no cabe extender automáticamente a la filial la responsabilidad de la matriz. En este caso, las destinatarias de la Decisión son una serie de sociedades de los grupos de los fabricantes, y ellas deben ser las demandadas si no se quiere incurrir en falta de legitimación pasiva, o en cualquier caso para poder beneficiarse del "efecto vinculante" de la Decisión en estas acciones de tipo consecutivo o follow-on, según luego se expondrá. En aquella sentencia, el Juzgado tras recordar que "la parte demandante está ejercitando una acción consecutiva, esto es, derivada única y exclusivamente de la Decisión de la CE de 19 de julio de 2016, a cuyo contenido hemos de estar", constata que "la sociedad MERCEDES BENZ TRUCKS ESPAÑA S.L. no aparece en la Decisión de la CE como infractora o responsable de la infracción. Únicamente lo es la matriz del grupo, la sociedad alemana DAIMLER AG. De ningún otro apartado de la Decisión cabe deducir una declaración de responsabilidad o una extensión de la infracción a la sociedad española aquí demandada", por lo que tras analizar si cabe extender en este caso, conforme al concepto de empresa (señalando que el concepto de infractor, en la aplicación privada del derecho de la competencia, debe imputarse también a una persona jurídica a la que pueda condenarse a un resarcimiento de daños, sin perjuicio de que, además de una consideración individual pueda ampliarse hacia otros entes que integran el concepto comunitario de empresa, como unidad económica de decisión), concluye que en este caso "no se extiende a la filial aquí demandada la responsabilidad declarada en la decisión administrativa sólo para la matriz", sin que ello comprometa el derecho al pleno resarcimiento, ni el principio de efectividad, al haber podido demandar en España a las sociedades infractoras.

En otros casos sin embargo sí se ha estimado la legitimación pasiva de una filial española pese a no figurar en la Decisión. Así, el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Valencia, en Sentencia 20 febrero 2019, ha sostenido "la legitimación pasiva de MAN España para soportar el ejercicio de una acción follow on basada en el contenido de la Decisión de la Comisión Europea de 19/7/16 puede fundarse en el principio de vinculación a su contenido, los conceptos de unidad y continuidad económica propios del derecho de la competencia como categoría de superación de los cánones clásicos de responsabilidad personal, las características de la infracción constatada y de la configuración societaria de MAN España, la evolución de la noción de grupo de sociedades en la interpretación jurisprudencial más reciente y las posibilidades de imputación objetiva en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual", añadiendo entre otros elaborados argumentos que "lo relevante es que aquí puede advertirse la presencia de una unidad económica con incidencia en la comisión de la infracción que motiva la interposición de la demanda, según las posibilidades advertidas por la doctrina del TJUE. La legitimación pasiva de una empresa matriz respecto de las conductas imputadas a su filial se basa en una interpretación asequible del art. 1903 CC. (...) Pero también es posible recorrer un camino inverso, de la matriz a la filial, cuando la empresa filial ha intervenido

como un mero instrumento del que se ha servido la matriz para trasladar al mercado los efectos distorsionadores de la libre competencia que fundamentan el reproche público de esa conducta, inherentes a los acuerdos anticompetitivos que ha concertado con otros, con o sin una declaración nominal de sus empresas filiales como infractoras a efectos de la sanción pública de esa conducta, pudiendo tal carácter apreciarse en el contexto del ejercicio de una acción follow on. Nada de eso supone desconocer o deformar el efecto vinculante de lo resuelto por la autoridad de competencia, ni diluir los presupuestos de responsabilidad propios del régimen que se actúa".

Entre la extensa argumentación que contiene esa sentencia, viene a destacar que "la Decisión no sanciona, en puridad, una conducta desarrollada por algunas de las filiales de MAN, esas que son destinatarias de la Decisión, de la que a su vez deba responder su matriz por razón de su deber de vigilancia y facultades de control. Lo que la Comisión sanciona es una conducta desarrollada por la matriz de MAN con participación particular de algunas de sus filiales a efectos de represión pública de la conducta y, al mismo tiempo, describe la difusión económica de sus efectos en el resto del mercado europeo a través del resto de sociedades del grupo. Porque, el extremo de la especial participación de aquellas filiales afectadas por la sanción pública de la Comisión no significa que esa misma conducta no tuviera incidencia en el comportamiento de las filiales no afectadas por esa sanción, que por eso cuentan con legitimación pasiva para depurar su eventual responsabilidad en el contexto de la aplicación privada del mismo derecho de competencia".

III. La reclamación de daños por el cártel de los fabricantes de camiones. Algunas cuestiones materiales

1. Legislación aplicable

Si se opta por interponer la demanda en España, esto es, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se ha producido el hecho dañoso, resultaría aplicable la legislación española, de acuerdo con lo establecido en la letra a) del art. 6.3 del Reglamento (CE) n.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), conforme al cual "La ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de una restricción de la competencia será la ley del país en el que el mercado resulte o pueda resultar afectado".

Por la fecha en que se produjeron las conductas antitrust, para las acciones que derivan de la Decisión Asunto AT 39824 Camiones no resulta de aplicación directa 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 ("Directiva de Daños"), ni la mayoría del régimen traspuesto a través del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores. Esta normativa traspuesta sólo es aplicable parcialmente respecto a los daños causados por el cártel de los fabricantes de camiones. La Directiva de Daños contiene normas de carácter material y normas de carácter procesal, modificando la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en la que introduce un nuevo título VI relativo a la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia (art. 3º Real Decreto-ley 9/2017); y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la que introduce una Sección sobre el acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia (art. 4º Real Decreto-ley 9/2017). Mientras que la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia, y por tanto del régimen aplicable a la responsabilidad extracontractual por conductas antitrust, no tiene carácter retroactivo (d.t.1ª Real Decreto-ley 9/2017: "1. Las previsiones recogidas en el artículo tercero de este Real Decreto-ley no se aplicarán con efecto retroactivo"), no ocurre así con la reforma de la LEC, que lógicamente será aplicables a los procedimientos que se inicien tras su entrada en vigor (d.t.1ª Real Decreto-ley 9/2017: "2. Las previsiones recogidas en el artículo cuarto de este Real Decreto-ley serán aplicables exclusivamente a los procedimientos incoados con posterioridad a su entrada en vigor").

No obstante, esa falta de retroactividad, y sin perjuicio de que quepa defender el efecto directo vertical de algunos preceptos de la Directiva 2014/104/UE o en su defecto la necesidad de interpretar el Derecho nacional a la luz de la

letra y de la finalidad de dicha Directiva desde que debió ser transpuesta, en nuestra opinión esta trasposición reforzará la interpretación de la norma a la vista de aquella Directiva, que ya siguió el Tribunal Supremo en el caso *Cártel del Azúcar*. En la misma línea y en relación al *Cártel* que nos ocupa, el Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Barcelona en Sentencia de 23 enero 2019, ha declarado que "aunque se interpretase aquí que el régimen transitorio impide aplicar la Directiva, ello no obsta para la necesidad de interpretar el Derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Directiva". Igualmente, el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Valencia, en la citada Sentencia 20 febrero 2019, ha señalado que "Lo fundamental es que a través del principio de interpretación conforme no se burlen las reglas de irretroactividad sustantiva de la Directiva. Pero, en nuestro caso, la Decisión de la Comisión se produjo tras su entrada en vigor y la publicación de la Decisión tras la expiración del plazo de transposición, de manera que la interpretación conforme no lesiona la regla de irretroactividad de la Directiva". Y concluye que "De todo ello resulta que el régimen aplicable al caso es el del art. 1902 CC, pero en su interpretación conforme con las disposiciones sustantivas de la Directiva de daños, todo ello considerado según las aportaciones de la jurisprudencia comunitaria y nacional a propósito de la aplicación privada del derecho de la competencia, en cuanto no resulten incompatibles con esa interpretación conforme, lo que no sucede en ningún caso, dada la homogeneidad de la regulación sobre la cuestión antes y después de la irrupción de la Directiva".

2. Los presupuestos de la acción de resarcimiento de daños

En este caso, estamos ante acciones judiciales que se van a ejercer después de que la Comisión haya declarado y constatado en su Decisión que se ha producido una conducta antitrust. E incluso, como se dijo, con reconocimiento de los hechos por las sociedades integrantes del *cártel*. Se trata por ello de acciones de tipo consecutivo o *follow-on*, según las denomina la doctrina científica. Pues bien, en este tipo de acciones, existe un "efecto vinculante" de la Decisión de la Comisión para el órgano jurisdiccional nacional, en cuanto a la admisión de la existencia de una conducta prohibida. Así se desprende de lo dispuesto en 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: "Cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los arts. 81 u 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".

Dicho "efecto vinculante" ha quedado precisado por el propio TJUE, que en sentencia de 6 de noviembre de 2012 (*Caso Otis*) declaró que "Si bien es cierto que la obligación que tiene el juez nacional de no adoptar resoluciones incompatibles con una decisión de la Comisión por la que se declare la existencia de una infracción del art. 101 TFUE le impone admitir la existencia de un acuerdo o práctica prohibidos, cabe precisar que la existencia de un daño y la relación de causalidad directa entre ese daño y el acuerdo o práctica en cuestión siguen dependiendo, en cambio, de la apreciación del juez nacional". Así pues, declarada por la Comisión Europea la infracción de las normas de competencia, y ejercitándose una acción "follow on" en la que la acción de responsabilidad civil se refiere a los mismos hechos ya examinados en el procedimiento administrativo previo y respecto de los mismos operadores, sólo es necesario que concurren otros dos requisitos que se exigen en todo su puesto de responsabilidad civil: (1) la acreditación del daño y (2) la existencia de nexo causal entre la infracción de las normas de competencia ya declarada y el daño ocasionado a la parte por dicha infracción.

Una vez que ha quedado acreditada la existencia de un *cártel* que tenía por objeto restringir la competencia respecto a los precios, es evidente que ello ha supuesto la existencia de un sobrecoste o coste excesivo, lo que entraña la existencia de un daño. Por ello, la Directiva de Daños establece que "Se presumirá que las infracciones de *cárteles* causan daños y perjuicios. Al infractor le asistirá el derecho a rebatir esa presunción" (art. 17.2), y acoge expresamente el derecho al pleno resarcimiento ("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"; art. 3.1). Igualmente, la Ley de Defensa de la Competencia, tras la trasposición de la Directiva, acoge en su art. 76.3 la presunción consistente que en los *cárteles* causan daños ("Se presumirá que las infracciones calificadas como *cártel* causan daños y perjuicios, salvo prueba en contrario"),

y correlativamente, igual que la Directiva de Daños acoge expresamente el derecho al pleno resarcimiento (art. 72).

El mismo razonamiento ha llevado a nuestro Tribunal Supremo a advertir que declarada la existencia de una infracción antitrust que se proyecta sobre los precios, ha de partirse del daño que supone el pago de un precio superior al que debiera haber resultado del juego de la libre competencia, lo que debe enlazarse con el principio general del Derecho de la competencia de que cualquier persona tiene derecho a solicitar la reparación del perjuicio que le haya irrogado un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la libre competencia: "ha de partirse de la existencia de la práctica restrictiva de la competencia consistente en las subidas concertadas de precios del azúcar vendido para uso industrial, y del daño que supone el pago de un precio superior al que debiera haber resultado del juego de la libre competencia" (STS 7 de noviembre de 2013).

De ahí que el quid de la cuestión se centre en la determinación del daño, que a priori no es fácil, para lo que es esencial la aportación de un informe pericial que lo fije sobre unas bases correctas y utilizando un método razonable, como declaró nuestro Tribunal Supremo con ocasión del Cártel del Azúcar y como viene a señalar la Directiva de Daños. A tal efecto, resulta de especial interés la Guía práctica. Cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios Por incumplimiento de los arts. 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, aunque tenga un carácter puramente informativo y no vinculante para los tribunales nacionales, según ella misma aclara (parágrafo 7). En ella se vienen a exponer diversos métodos para elaborar un escenario sin infracción a efectos de cuantificar el daño en acciones de daños y perjuicios en asuntos de competencia. En esa Guía se expone que el coste excesivo medio en los cárteles que tienen por objeto la fijación de precios es de aproximadamente el 20 %, si bien en cada caso habrá que estar a los daños acreditados con el correspondiente informe pericial. En dicha Guía se afirma que "La cuestión clave en la cuantificación de daños y perjuicios por infracciones contrarias a la competencia es, por tanto, determinar qué habría ocurrido probablemente sin la infracción" (parágrafo 12). No obstante, seguidamente reconoce que "Es imposible saber con certeza cómo habría evolucionado exactamente un mercado si no se hubieran infringido los arts. 101 o 102 TFUE" (parágrafo 16). Por ello, es preciso evitar que esas dificultades probatorias lleguen a impedir que quede garantizada la plena efectividad del derecho al resarcimiento pleno de los compradores directos o indirectos. De ahí que el art. 17 de la Directiva de Daños, titulado "Cuantificación del perjuicio", disponga que "Los Estados miembros velarán por que ni la carga de la prueba ni los estándares de prueba necesarios para la cuantificación del perjuicio hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento de daños y perjuicios. Los Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales nacionales estén facultados, con arreglo a los procedimientos nacionales, para estimar el importe de los daños y perjuicios si se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios, pero resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar con precisión los daños y perjuicios sufridos sobre la base de las pruebas disponibles".

Similar criterio siguió la Sala Primera del Tribunal Supremo en la citada sentencia de 7 de noviembre de 2013, en la que advirtió "no es suficiente que el informe pericial aportado por el responsable del daño se limite a cuestionar la exactitud y precisión de la cuantificación realizada por el informe pericial practicado a instancias del perjudicado sino que es necesario que justifique una cuantificación alternativa mejor fundada (...). Otra solución sería difícilmente compatible con el principio jurídico que impone compensar los daños sufridos por la actuación ilícita de otro y la tutela efectiva que debe otorgarse al derecho del perjudicado a ser indemnizado". Y concluyó que "Lo exigible al informe pericial que aporte la parte perjudicada es que formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos".

De las sentencias dictadas hasta la fecha (v. gr. Sentencia JM Murcia 27 septiembre 2018, Sentencia JM Murcia 15 octubre 2018, Sentencia JM Murcia 16 octubre 2018, Sentencia JM n.º 1 de Zaragoza 13 diciembre 2018; Sentencia JM n.º 3 de Valencia 20 febrero 2019), queremos destacar las dos últimas mencionadas. En la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Zaragoza de 13 de diciembre de 2018 se desestima la demanda por entender que hay falta de prueba suficiente del daño. En el informe aportado por la actora relativo a la fijación de precios y aumento de precios brutos, se fija sobreprecio medio del 20,87% teniendo en cuenta esencialmente el informe del

Doctor Smuda y con el único dato de las facturas de compra de los camiones de los demandantes. El juzgador no lo considera suficiente, dado que, pese a ser cierto que la determinación del sobreprecio es enormemente complejo, existen varios métodos o sistemas de cuantificación que pueden o no ser adecuados dependiendo del tipo de ilícito analizado y de los datos y documentos que puedan ser utilizados. Afirma que dicho estudio es insuficiente para tener por probado un perjuicio específico y concreto por cada camión, y que hace falta valorar el caso en particular. Observa que "dentro de cada modelo habría que considerar, a los efectos del precio final, todos aquellos extras y equipamientos que se le añaden al modelo básico, así como las circunstancias precisas de la contratación como los servicios pactados, descuentos, comisiones, régimen de financiación, en particular la posibilidad muy habitual de renting o leasing etc y muy especialmente la intervención de otros sujetos en todo el proceso de compra, distinguiendo los casos de venta directa, venta a través de concesionario de la marca o de concesionario independiente, comparando el precio que se ha pagado con el que se hubiera pagado en otros mercados o en su caso, en el mismo, antes y después de la infracción".

En la tantas veces citada Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Valencia de 20 de febrero de 2019, igualmente se considera insuficiente el informe aportado por la actora, pero se hace estimación judicial de los daños sufridos por el actor. Advierte que "la evolución de la presunción ex re ipsa se consuma en escenarios de dificultad probatoria, donde los jueces están facultados para estimar la cuantificación de esos daños, lo que supone ir más allá de la mera asunción de un criterio de valoración probatoria consistente en aceptar la recreación por el actor de escenarios hipotéticos de cuantificación, aunque no pueda desentenderse de las alegaciones y labor de prueba realizada por las partes", valora los dictámenes aportados por la parte actora y la demandada. Sobre el primero, si bien afirma que reúne al menos el valor de cuantificar efectivamente los daños sufridos por el actor, le critica que no recrea un escenario contrafáctico según las circunstancias particulares del caso: "no es útil para formar convicción suficiente sobre el alcance de los daños sufridos por el actor a resultados de la conducta cartelizada de la demandada. La recreación de un escenario hipotético pero que, de forma razonable, dibuje la anatomía de un mercado sin infracción y de modo que, de ese escenario y en su comparación con el escenario infractor que es el conocido a través del precio satisfecho por la adquisición del camión, pueda estimarse el daño que el actor sufrió por la conducta cartelizada de la demandada, no se contenta con la extrapolación del sobrecoste medio observado por estudios científicos sobre el impacto habitual de los cárteles en nuestro entorno. Ese no es un esfuerzo que, más allá de la consideración del precio de venta del camión en cuestión, que parte de la factura que custodia el actor, tome en consideración datos contrastables y no erróneos relacionados con las circunstancias del caso". En cuanto al dictamen de la parte demandada, afirma que sí ha incumplido la carga de acreditar la ausencia de producción de daños derivados del cártel, al ser una mera crítica del informe presentado por la actora. Tras considerar que el demandado no ha probado que la conducta cartelizada no causara daños al actor, y calificar de insuficiente la cuantificación de daños que aporta el actor, el Juzgador entendió que por concurrir un escenario de dificultad probatoria, y en aplicación de la regla ex re ipsa en su interpretación conforme con la Directiva de daños, procedía una estimación judicial de los daños sufridos por el actor. En base a diferentes documentos de la Comisión, procede a "estimar aplicable de la misma manera razonable un porcentaje de sobreprecio del 5% para la solución del caso, como medida de compromiso entre los umbrales de sobreprecio mínimos y máximos que intervienen como común denominador del 93% de los cárteles que aplican sobreprecios".

3.La defensa passing-on de los infractores

Si el comprador directo del vehículo (concesionario) ha repercutido la totalidad del sobrecoste al comprador indirecto, lógicamente al no haber sufrido daño por ese concepto, aquél no podrá reclamar indemnización; si la repercusión ha sido parcial, el daño que deriva de ese sobrecoste podría estar compartido. Por todo ello, la defensa de los infractores en estos casos suele basarse en que el reclamante no ha sufrido daños porque los ha repercutido "aguas abajo" (passing-on).

En efecto, sin perjuicio de lo previsto al respecto en la Directiva de Daños y en la normativa estatal ahora traspuesta, dado su carácter no retroactivo interesa recordar que el Tribunal Supremo, en la tantas veces citada

sentencia de 7 de noviembre de 2013, por aplicación del régimen sobre hechos impeditivos que contiene el apartado tercero del art. 217 LEC declaró que "la carga de la prueba de los hechos que obstan el éxito de la acción corresponde al demandado que los alega", así como que "no es suficiente probar que el comprador directo ha aumentado también el precio de sus productos. Es necesario probar que con ese aumento del precio cobrado a sus clientes ha logrado repercutir el daño sufrido por el aumento del precio consecuencia de la actuación del cártel. Si el aumento de precio no ha logrado repercutir todo ese daño porque se ha producido una disminución de las ventas (debido a que otros competidores no han sufrido la actuación del cártel y han arrebatado cuota de mercado, nacional o internacional, a quienes sí la han sufrido, o a que la demanda se ha retraído ante el aumento del precio, etc.), no puede estimarse la defensa del «passing-on» o no puede hacerse en su totalidad".

Pues bien, respecto al cártel de los camiones, resulta de especial interés lo declarado por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Valencia, en auto de 17 diciembre 2018, en el que ante la petición de documentación contable y fiscal de la actora por parte de los fabricantes demandados, el juzgado señala que "Si se niega por sistema el perjuicio, ¿qué sentido tiene practicar una prueba pericial que necesariamente debe acreditar que ha existido perjuicio, como presupuesto para su traslado a terceros?", añadiendo que "no puedo aceptar la principal parte de los requerimientos probatorios de Volvo y Renault, cuando pretenden reproducir toda la estructura de costes de Llácer, porque en esos términos debo rechazar la passing on defense, puesto que la petición excede del ámbito posible para este mecanismo de defensa. Esa defensa no puede articularse considerando dos mercados distintos: el de la venta de camiones y el del transporte de mercancías por carretera. Reconstruir la estructura de costes de la actora y el eventual impacto del precio de compra de camiones en la fijación de sus tarifas para la prestación de servicios de transporte no es relevante para este proceso. Por eso no debo requerir a la actora para que aporte la amplia enumeración de materiales contables que las demandadas pretenden obtener", concluyendo que "Por el contrario, sí resulta posible aplicar ese mecanismo de defensa respecto de la posterior reventa del mismo producto a otro posible destinatario final en el mercado de camiones, aún cuando el objeto social de Llácer no fuera la intermediación en la compraventa de camiones: en esas concretas operaciones Llácer intervino directamente en el mercado de venta de camiones, a modo de intermediario u ostentando una posición en la cadena de suministro que no puede ser considerada como última".

4. Prescripción

El plazo para el ejercicio de las acciones de daños sufridos como consecuencia de las infracciones del Derecho de la competencia, que conforme tiene declarado el TJUE son de naturaleza extracontractual, se fija en la Directiva de Daños y en la reformada Ley de Defensa de la Competencia en cinco años. No obstante, en el asunto Cártel de los Camiones y respecto de los infractores para los que la acción nació antes de la reforma legal (todos, salvo Scania) ha de entenderse que se regirá por el régimen de prescripción anterior, esto es, por el plazo de un año previsto en el art. 1968 C.c. En cuanto al dies a quo, para las acciones anteriores a la reforma, conforme al criterio jurisprudencial de la actio nata el plazo de un año debe comenzar a computar "desde que lo supo el agraviado", esto es, conforme viene declarando el Tribunal Supremo, desde que se tiene conocimiento de la lesión y se tiene la posibilidad de ejercer la acción, algo que en nuestro caso no se pudo hacer hasta el 6 de abril de 2017, fecha en que se publicó la Decisión provisional de la Comisión Europea, porque a la vista de la Nota informativa de 19 de julio de 2016, hasta abril de 2017 ni siquiera se conocía la identidad de los infractores.

Así lo ha venido a declarar el Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Barcelona en la citada Sentencia de 23 enero 2019, en la que señala que "la fecha de publicación de la resolución de la Comisión interviene como dies a quo o de inicio del cómputo del plazo anual de prescripción, pues se considera que únicamente a partir de ese momento la actora pudo tener conocimiento razonable de la existencia de infracción, de sus autores, objeto, circunstancias y de su presumible extensión, con asunción estimativa del daño sufrido a resultas de la conducta que allí se apreció como ilícita. Y la fecha de interposición de la demanda interviene como dies ad quem o de finalización del cómputo del plazo de prescripción siendo que, en el caso, eso tuvo lugar antes de la expiración del plazo de un año computado, a su vez, desde la fecha de interrupción anterior". Esta interpretación coincide con la acogida por el TJUE en

sentencia de 28 de marzo de 2019, en la que entre otras cuestiones resuelve que, en atención al principio de efectividad, la normativa comunitaria se opone a una norma nacional que establece que el plazo de prescripción de las acciones por daños empieza a correr a partir de la fecha en la que la persona perjudicada tuvo conocimiento de su derecho a indemnización, aun cuando no se conociese el responsable de la infracción.

IV. La experiencia de Hispajuris en las demandas formuladas hasta el momento.

Transcurridos dos años desde el encargo profesional a Hispajuris por parte de propietarios de más de 19.000 vehículos adquiridos durante el periodo en que el cártel de camiones tuvo lugar (1997-2011), hemos presentado, en una primera tanda, más de un centenar de demandas -traducidas al alemán, italiano, holandés, francés o sueco, según el fabricante demandado- cubriendo la práctica totalidad de los Juzgados españoles de lo Mercantil, habiéndose ya señalado y celebrado numerosas Audiencias Previas, así como dos juicios que están pendientes de sentencia. Aunque a fecha de hoy, debido a la lentitud de la tramitación de los procedimientos, propia de la Administración de Justicia, agravado por el entorpecimiento sistemático de los mismos por los fabricantes, aún quedan muchas Audiencias Previas y Juicios pendientes de celebrar de esas primeras cien demandas presentadas hace más de un año.

La mayoría de las demandas interpuestas por nuestra firma Hispajuris en todo el territorio español, han sido contestadas por los distintos fabricantes solicitando en la práctica totalidad de los asuntos que se declare la nulidad del emplazamiento realizado y planteando declinatoria por falta de jurisdicción de los Tribunales Españoles. Por nuestra parte hemos defendido la validez de los emplazamientos realizados y la competencia de los Tribunales españoles para conocer sobre estas demandas por corresponder al lugar en que se ha materializado "el perjuicio" sufrido por los propietarios de camiones. A día de la fecha, esta estrategia procesal de los fabricantes de camiones ha fracasado, siendo favorables todas las resoluciones obtenidas al respecto.

No obstante, como ya se ha adelantado, el pasado 28 de marzo celebramos en el Juzgado mixto de lo Mercantil y de Primera Instancia n.º 6 de Logroño el primer juicio frente al fabricante IVECO, en el Procedimiento Ordinario n.º 532/2018. Posteriormente, el 4 de julio tuvo lugar en el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Oviedo el juicio de otro cliente de Hispajuris relativo al Procedimiento Ordinario 148/2018 iniciado frente al fabricante DAIMLER. Ambos asuntos se encuentran pendientes de Sentencia. Asimismo, el próximo día 13 de Septiembre celebraremos en el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Pontevedra juicio frente al fabricante MAN. Una vez conozcamos el resultado de estas tres primeras sentencias en procedimiento defendidos por Hispajuris, procederemos a ir presentado el resto de demandas pendientes hasta completar el montante total de encargos profesionales realizados.

Estamos convencidos de que nuestra demanda –preparada y desarrollada de forma exhaustiva durante cerca de un año por nuestros mejores especialistas en la materia- y el informe pericial presentado con la misma son de lo más acertado, a nuestro entender, No obstante, lo mismo que a raíz de las contestaciones a la demanda formuladas por todos los fabricantes no se ha visto la necesidad de modificar o ampliar los argumentos de nuestra demanda en ningún sentido, si hemos creído positivo realizar una segunda versión del informe pericial con el único objeto de ampliar aún más la muestra de vehículos utilizada, a la vista de las contestaciones realizadas por los fabricantes y de las Audiencias Previas y Juicio celebrados. Y no porque el primer informe no fuera completo, que lo era y mucho, sino porque de la información facilitada por los fabricantes se ha podido extraer información con la que precisar aún más la cuantificación del daño causado por el cartel de los fabricantes de camiones.

El informe pericial que se acompaña a nuestras demandas viene a cuantificar el perjuicio económico sufrido por las distintas empresas, en el periodo en el que el fabricante estaba participando en el cártel, a través de varios métodos comparativos (comparación diacrónica, comparación con otros mercados geográficos y comparación con datos de otros mercados de productos) y de simulación (métodos de simulación y métodos basados en costes y métodos financieros). El estudio ha sido realizado por un nutrido equipo de economistas, miembros del Departamento Forensic Accountants (pérdida de beneficios y riesgos financieros) del Grupo Addvalora, y por el Profesor de Econometría de la Universidad Complutense de Madrid, Dr. Andrés Bergé Gil. En este sentido, resulta

necesario destacar la labor de estudio e investigación realizada por estos peritos, que viene a garantizar -al menos esa es nuestra opinión- un resultado positivo de nuestras reclamaciones.