

Nº

99

Mayo - Agosto 2023

INSTITUTO DE DERECHO Y ÉTICA INDUSTRIAL

COMUNICACIONES

EN PROPIEDAD INDUSTRIAL Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

Primeras sentencias del Tribunal Supremo
sobre la Directiva de daños

El nuevo Real Decreto 192/2023, de 21 de marzo, por
el que se regulan los productos sanitarios

Acerca de la Nueva Decisión de Adecuación para la
transferencia de datos personales entre la Unión
Europea y los Estados Unidos de América

Inteligencia artificial aplicada en el sector público..

Plausibilidad y actividad inventiva: comentario de la
Decisión G 2/21 de la Alta Cámara
de Recursos de la EPO

La infracción de la patente por cooperación..

La cuantificación de daños en la litigación *antitrust*:
aproximación a la metodología económica y
lecciones aprendidas de la práctica judicial

El desafío de los avances científicos y tecnológicos
para la privacidad y el derecho fundamental a la
protección de datos personales

IDEI

DOCTRINA · LEGISLACIÓN · JURISPRUDENCIA

FUNDACIÓN
CEFi

Centro de Estudios
para el Fomento
de la Investigación

SECCIONES

ACTUALIDAD · PROPIEDAD INDUSTRIAL
PROPIEDAD INTELECTUAL
PUBLICIDAD · COMPETENCIA · ÉTICA
LEGISLACIÓN Y NOTICIAS

ÍNDICE

Sección Primera. Actualidad

- Primeras sentencias del Tribunal Supremo sobre la Directiva de daños.
Helmut Brokelmann y Maddalen Martín Arteche 7-30
- El nuevo Real Decreto 192/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan los productos sanitarios.
Irene Fernández Puyol 31-44
- Confirmación definitiva (y reiterada) de la legalidad de las políticas de precio libre: la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2023.
Teresa Paz-Ares Rodríguez y Beatriz Cocina Arrieta 45-54
- Acerca de la Nueva Decisión de Adecuación para la transferencia de datos personales entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América.
Paula González de Castejón Llano-Ponte 55-70

Sección Segunda. Propiedad Industrial

- La Inteligencia artificial aplicada en el sector público: el caso de las Oficinas de Propiedad Industrial y, en particular, el de la Oficina Española de Patentes y Marcas, O.A.
José Antonio Gil Celedonio 71-96
- Plausibilidad y actividad inventiva: comentario de la Decisión G 2/21 de la Alta Cámara de Recursos de la EPO.
Montiano Monteagudo Monedero y Francisco Javier García Pérez 97-108

La infracción de la patente por cooperación. Al hilo de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona de 17 de octubre de 2022 (*Two Way Vs Telefónica*).

Luis Fernández Novoa

109-122

Sección Tercera. Propiedad Intelectual

Breve reseña de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) 724/2023, de 16 de mayo de 2023 sobre el límite de cita: la parte (“*fragmento*”) no es el todo.

Juan A. Cuerva de Cañas

123-134

Sección Cuarta. Publicidad

Publicidad con argumentos medioambientales. Situación actual y diferentes propuestas de regulación.

Luis Beneyto Solano

135-150

La Circular 1/2023, de 26 de junio, sobre la aplicación del artículo 66.1 B) de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones.

Sònia Sebé Marín y Manel Santilari Barnach

151-158

4

Sección Quinta. Competencia

La cuantificación de daños en la litigación antitrust: aproximación a la metodología económica y lecciones aprendidas de la práctica judicial.

Jorge Masía Tejedor y María de Arcos Tejerizo

159-194

Sección Sexta. Ética

El desafío de los avances científicos y tecnológicos para la privacidad y el derecho fundamental a la protección de datos personales.

Mar España Martí

195-208

Sección Séptima. Legislación y Noticias

209-216

PRIMERAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA DIRECTIVA DE DAÑOS

Fecha de recepción: 19 julio 2023.
Fecha de aceptación y versión final:
20 julio 2023.

HELMUT BROKELMANN, *SOCIO DIRECTOR
DE MLAB ABOGADOS*
MADDALEN MARTÍN ARTECHE, *ABOGADA
ASOCIADA EN MLAB ABOGADOS*

RESUMEN

En 15 sentencias dictadas en casación los días 12, 13 y 14 de junio de 2023, el Tribunal Supremo se pronuncia por primera vez sobre la Directiva de Daños. Para la resolución de las cuestiones jurídicas relativas al contenido y alcance de la Decisión Camiones de la Comisión Europea, legitimación pasiva, prescripción y devengo de intereses, el Tribunal Supremo aplica esencialmente la jurisprudencia relevante del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. No obstante, los pronunciamientos relativos a la presunción del daño y su causalidad, la cuantificación y estimación judicial del daño parecen apartarse de la jurisprudencia del TJUE, en especial, las sentencias Otis I y Tráficos Manuel Ferrer, y resultan en una reducción del esfuerzo probatorio exigible a las demandantes y en una cierta indefensión de los demandados.

PALABRAS CLAVE

Cártel de Camiones; decisión Camiones; carga de la prueba; presunción del daño y estimación judicial del daño.

ABSTRACT

The Spanish Supreme Court has ruled for the first time on the Damages Directive in 15 judgments delivered on 12, 13 and 14 June 2023. The Supreme Court basically applies the relevant case-law of the Court of Justice of the European Union to rule on legal issues relating to the content and scope of the Truck Decision of the European Commission, legal standing, limitation periods, and the accrual of interest. However, the Supreme Court's findings relating to the presumption of the damage and its causation and the quantification and judicial estimation of the damage appear to deviate from the case law of the CJEU, in particular, from the Otis I and Tráficos Manuel Ferrer rulings. This results in the lowering of the burden of proof for plaintiffs and in a limitation of the defendants' rights of defence.

KEYWORDS

Trucks cartel; trucks decision; burden of proof; presumption of damage and judicial estimation of the damage.

1. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Supremo finalmente ha tenido ocasión de pronunciarse por primera vez sobre distintas cuestiones relacionadas con la Directiva 2014/104/UE 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)¹ en 15 sentencias dictadas en casación los días 12, 13 y 14 de junio de 2023 en relación con el conocido como cártel de los Camiones.

El silencio del Tribunal Supremo hasta recientes fechas contrasta con los fallos sobre disposiciones de la Directiva de Daños dictados por los tribunales supremos de otros Estados miembros, como es el caso de la *Corte Suprema di Cassazione* italiana², el *Bundesgerichtshof* alemán³, la *Cour de cassation* francesa⁴ y el *Competition Appeal Tribunal* británico (en última instancia)⁵.

La expectación ante estas sentencias del Tribunal Supremo ha sido notable, ya que, desde que en 2012 y 2013 examinara por primera vez cuestiones relacionadas con acciones de daños por infracción del Derecho de la competencia en el denominado cártel del Azúcar⁶, ejercitadas con anterioridad a la adopción de la Directiva de Daños y del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo (RDL 9/2017)⁷ que la transpone, el Tribunal Supremo no había vuelto a pronunciarse

8

1. 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, DO L 349 de 5.12.2014, p. 1/19.

2. Véase, por ejemplo, *Civile Sent. Sez. 1 Num. 7677 Anno 2020*, ECLI:IT:CASS:2020:7677CIV, que declara inaplicable el artículo 10 de la Directiva.

3. Véanse, por ejemplo, *KZR 20/21, Vertriebskooperation im SPNV Leitsatzentscheidung*, ECLI:DE:BGH:2023:040423UKZR20.21.0, que aplica el artículo 5 de la Directiva y *KZR 39/19, Trassenentgelte*, ECLI:DE:BGH:2019:291019UKZR39.19.0, que aplica el artículo 9 de la Directiva.

4. *Pourvoi n° 21-19.197*, ECLI:FR:CCASS:2022:CO00599, declara inaplicable a los hechos la Directiva de Daños y confirma que el tribunal de apelación actuó correctamente al rechazar la interpretación de las normas del ordenamiento francés aplicables conforme a la Directiva.

5. *Britned Development Ltd v ABB AB And ABB Ltd* [2019] EWCA Civ 1840, disponible en: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2019/1840.html>

6. Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2012, rec. núm. 2163/2009, ECLI:ES:TS:2012:5462 y de 7 de noviembre de 2013, rec. núm. 2472/2011, ECLI:ES:TS:2013:5819 (jurisprudencia *Azúcar*).

7. 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, BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2017, páginas 42820 a 42872.

sobre este tipo de acciones. A la espera de 10 años entre unas sentencias y otras se le une el gran interés mediático suscitado por el cártel de Camiones debido a su dimensión europea, a que fue sancionado por la Comisión Europea en uno de los primeros procedimientos híbridos desarrollados hasta la fecha⁸ y a que las sanciones impuestas a las empresas, consideradas tanto individualmente como en conjunto (un total de 3.800 millones de euros), constituyeron por entonces las sanciones más altas impuestas por la Comisión en materia de competencia.

Las sentencias del Tribunal Supremo en el cártel de Camiones tratan varias cuestiones jurídicas suscitadas en los recursos de casación planteados tanto por las demandadas en la instancia como por las demandantes insatisfechas con las cuantificaciones de los daños obtenidos: la aplicabilidad temporal de las normas de la Directiva de Daños; el contenido y alcance de la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016; la presunción del daño y del nexo causal entre la infracción y el daño; la cuantificación y estimación judicial del daño, y otras cuestiones como la legitimación pasiva, el régimen de prescripción, el devengo de intereses y la defensa basada en la repercusión del sobrecoste o “*passing-on*”.

2. APLICABILIDAD TEMPORAL DE LAS NORMAS DE LA DIRECTIVA DE DAÑOS

Determinar qué normas reguladoras de las acciones de daños por infracción del Derecho de la competencia son aplicables *ratione temporis* a un litigio concreto, si las disposiciones de la Directiva de Daños –que codifica principios y derechos previamente reconocidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), pero también crea nuevas reglas– o las normas de Derecho interno de los Estados miembros –esencialmente, el régimen de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil (CC)–, reviste gran relevancia y entraña al mismo tiempo no pocas dificultades. A dicho efecto, el artículo 22 de la Directiva de Daños y la Disposición transitoria primera del RDL 9/2017 que lo transpone distinguen entre normas sustantivas y procesales que rigen las acciones de daños. Mientras que la aplicación retroactiva de las normas sustantivas está prohibida⁹, los Estados miembros pueden prever que las normas

8. La Comisión adoptó dos decisiones en relación con el cártel de Camiones: la Decisión de 19 de julio de 2016 (Asunto AT.39824- Camiones) respecto de las infractoras que participaron en el procedimiento de transacción ante esta institución, y la Decisión de 27 de septiembre de 2017 (Asunto AT.39824 - Camiones) respecto de Scania, la única empresa que no participó en dicho procedimiento y que recurrió su Decisión, todavía hoy pendiente de casación (Sentencia del Tribunal General de 2 de febrero de 2022, T-799/17 *Scania AB y Otros / Comisión*, ECLI:EU:T:2022:48; recurso C-251/22 P).

9. Artículo 22.1 de la Directiva de Daños y apartado primero de la Disposición Transitoria Primera del RDL 9/2017.

procesales se apliquen a las acciones de daños ejercitadas con posterioridad al 26 de diciembre de 2014, fecha de entrada en vigor de la Directiva¹⁰.

A pesar de las anteriores precisiones relativas al ámbito temporal de aplicación de estas normas, la labor interpretativa del TJUE ha sido necesaria para determinar si una disposición concreta reviste naturaleza sustantiva o procesal en el sentido del artículo 22 de la Directiva y si resulta aplicable *ratione temporis* a un litigio concreto. Así lo demuestran las sentencias dictadas por el TJUE en los asuntos *Cogeco*, *Volvo* y *DAF Trucks*, *Tráficos Manuel Ferrer* y *Repsol Comercial de Productos Petrolíferos* que examinan la aplicabilidad temporal de los artículos 9.1, 10, 17.1 y 17.2 de la Directiva en relación con su artículo 22¹¹. El análisis que lleva a cabo el TJUE es de naturaleza casuística y el criterio delimitador es distinto según la norma sustantiva de que se trate, lo cual, ciertamente, no facilita la determinación de la aplicabilidad temporal de estas normas.

En las sentencias sobre el cártel de Camiones, el Tribunal Supremo aplica los criterios establecidos por el TJUE en las sentencias *Volvo* y *Tráficos Manuel Ferrer* a fin de esclarecer si resultan aplicables varias disposiciones de la Directiva.

En cuanto al **régimen de prescripción** previsto en el artículo 10 de la Directiva de Daños, norma que reviste naturaleza sustantiva según la sentencia *Volvo*, y el artículo 74 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia (LDC)¹² que lo transpone, el Tribunal Supremo establece que estas disposiciones resultan aplicables a las acciones de daños ejercitadas contra las demandadas, ya que el plazo anual de prescripción aplicable a dichas acciones en virtud de la regulación anterior a la LDC (el artículo 1968.2 CC) no se había agotado antes de que expirara el plazo de transposición de la Directiva de Daños el 27 de diciembre de 2016 y, por lo tanto, la situación jurídica objeto de dichas acciones no se encontraba “consolidada” en el sentido de la sentencia *Volvo*. En consecuencia, el Tribunal Supremo aplica los artículos 10 de la Directiva y 74 LDC para determinar tanto el *dies a quo* del plazo de prescripción como la duración de este plazo quinquenal. En cuanto al *dies a quo*, importa resaltar, dadas las sentencias contradictorias que se están dictando en las instancias inferiores incluso después de la sentencia *Volvo*, que en las sentencias de Camiones que tratan esta cuestión,

10. Artículo 22.2 de la Directiva. El legislador español ha optado por que las normas procesales, transpuestas en el artículo 283 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), sean aplicables a los procedimientos incoados tras la entrada en vigor del RDL 9/2017 el 27 de mayo de 2017 (apartado segundo de la Disposición Transitoria Primera del RDL 9/2017).

11. Sentencias del TJUE de 28 de marzo de 2019, asunto C-637/17 *Cogeco*, ECLI:EU:C:2019:263; 22 de junio de 2022, asunto C267/20 *Volvo* y *DAF Trucks*, ECLI:EU:C:2023:298; de 16 de febrero de 2023, asunto C-312/21 *Tráficos Manuel Ferrer*, ECLI:EU:C:2023:99; y de 20 de abril de 2023, asunto C-25/21 *Repsol Comercial de Productos Petrolíferos*, ECLI:EU:C:2023:298.

12. Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007, páginas 28848 a 28872.

el Tribunal Supremo aplica con total naturalidad el criterio sentado en *Volvo* de que el *dies a quo* debe ser el de la publicación del resumen de la Decisión de la Comisión en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), que es el momento en el que cualquier potencial perjudicado dispone de todos los elementos necesarios para ejercitar la acción.

Con respecto a las **disposiciones de la Directiva de Daños relevantes para la acreditación del daño y su cuantificación**, el Tribunal Supremo aplica el criterio establecido en *Volvo* para concluir que el artículo 17.2 de la Directiva de Daños –norma sustantiva en el sentido del artículo 22.1 que establece una presunción *iuris tantum* de que los cárteles causan daños y perjuicios¹³– y el artículo 76.3 LDC que lo transpone no resultan aplicables a un cártel como el de Camiones, puesto que, siguiendo el criterio establecido en *Volvo*, la infracción finalizó en 2011, con anterioridad a que expirara el plazo de transposición de la Directiva el 27 de diciembre de 2016, y por lo tanto, la situación jurídica relevante se encontraba “*consolidada*” en esta fecha.

Cabe interpretar las sentencias del Tribunal Supremo en el sentido de que tampoco considera aplicables *ratione temporis* los **artículos 17.1 de la Directiva de Daños y 76.2 LDC**. El artículo 17.1 de la Directiva –disposición que reviste, según *Volvo*, carácter procesal¹⁴– prevé que los jueces y tribunales puedan estimar la cuantía de la reclamación de daños “*si se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios, pero resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlos con precisión en base a las pruebas disponibles*”. El Tribunal Supremo, no obstante, parece concebir la naturaleza del artículo 17.1 de la Directiva como sustantiva en lugar de procesal–quizás porque ha sido erróneamente transpuesto en la LDC en lugar de la LEC–, y, por razones temporales, deja de aplicar esta disposición y su norma de transposición.

Frente a la inaplicabilidad de los artículos 17.1 y 17.2 de la Directiva, y sus respectivas normas de transposición, el Tribunal Supremo rechaza interpretar el Derecho español conforme con la Directiva de Daños, puesto que, argumenta correctamente el Tribunal, el cártel de Camiones tuvo lugar y finalizó con anterioridad a la promulgación de la Directiva.

3. CONTENIDO Y ALCANCE DE LA DECISIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA

Las demandadas en las acciones de daños consecutivas (“*follow-on*”) examinadas por el Tribunal Supremo afirmaban que la conducta sancionada en la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016 consistió únicamente en un in-

13. Sentencia *Volvo*, apdo. 98.

14. Sentencia *Volvo*, apdo. 85.

tercambio de información sobre los precios brutos de los Camiones fabricados por éstas y en ningún caso en una fijación de precios, al contrario de lo declarado por varias Audiencias Provinciales.

La solución de la controversia sobre el alcance material de la infracción declarada en la Decisión debe sujetarse, como bien recuerda el Tribunal Supremo, a las reglas sobre el alcance vinculante de las decisiones de la Comisión que se pronuncian sobre conductas contrarias a los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en las acciones de daños. Estas reglas proceden de la jurisprudencia *Masterfoods* del TJUE¹⁵, entretanto codificada en el artículo 16 del Reglamento 1/2003¹⁶, que prohíbe a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que dicten resoluciones incompatibles con una decisión adoptada por la Comisión cuando se pronuncien sobre prácticas contempladas, entre otros, en el artículo 101 TFUE que hayan sido objeto de dicha decisión.

El alcance vinculante de una decisión de la Comisión que declara infringidos los artículos 101 o 102 TFUE se limita, no obstante, a su parte dispositiva, que declara la existencia de la infracción e identifica a los sujetos responsables de ésta, y a la motivación que sirve de soporte a la parte dispositiva¹⁷. Y ello porque, de conformidad con la jurisprudencia *Pergan* del Tribunal General “*las apreciaciones formuladas en los motivos de una decisión no pueden, por sí mismas, ser objeto de un recurso de anulación*”¹⁸, por lo que la vinculación de los órganos jurisdiccionales civiles a otros motivos de una decisión de la Comisión produciría indefensión a la parte afectada. El Tribunal Supremo ha limitado igualmente el alcance del carácter vinculante de las resoluciones administrativas a la declaración de la ilicitud de la conducta¹⁹. También lo ha hecho, recientemente, la Audiencia Nacional al declarar inadmisibile el recurso interpuesto por el beneficiario de inmunidad contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) en el Expediente S/DC/0562/15 *CABLES BT/MT*, ya que se dirigía no contra la parte dispositiva de la resolución, sino contra su fundamentación²⁰.

15. Sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2000, asunto C-344/98 *Masterfoods* y *HB*, ECLI:EU:C:2000:689 y de 6 de noviembre de 2012, asunto C-199/11 *Otis I*, ECLI:EU:C:2012:684.

16. Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, DO L 1 de 4.1.2003, p. 1/25.

17. Sentencia *Otis I*, apdo. 65.

18. Sentencia del Tribunal General de la UE de 12 de octubre de 2007, asunto T-474/04 *Pergan*, ECLI:EU:T:2007:306, apdo. 73.

19. Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013, rec. núm. 2472/2011, citada anteriormente, y de 9 de enero de 2015, rec. núm. 220/2013, ECLI:ES:TS:2015:191 (Sentencias *Ebro* y *Mediapro*, respectivamente).

20. Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2023, rec. núm. 45/2018, ECLI:ES:AN:2023:2599 (sentencia *Cables*).

Pues bien, el Tribunal Supremo interpreta que la Decisión de la Comisión acredita la existencia de una infracción consistente no solo en el intercambio de información sobre precios, sino también en la fijación e incrementos de precios brutos en el Espacio Económico Europeo (EEE) de camiones medianos y pesados. El Tribunal dirige nuestra atención tanto a la parte dispositiva como a los considerandos 50, 51, 71 y 81 de la Decisión, soporte de la parte dispositiva, que declaran la existencia de prácticas colusorias consistentes en la fijación e incremento de precios. Añade que este entendimiento sobre el alcance material de la práctica sancionada por la Decisión coincide con lo declarado al respecto por el TJUE en las sentencias *Volvo* y *Tráficos Manuel Ferrer*.

Consideramos correcto el análisis del alcance vinculante de la Decisión que realiza el Tribunal Supremo, ya que respeta la jurisprudencia *Masterfoods*, *Otis I* y *Pergan* arriba expuesta. Ahora bien, los jueces y tribunales inferiores debieran tomar buena nota de la interpretación realizada por el Tribunal Supremo y abstenerse de extender los efectos vinculantes de las resoluciones administrativas –tanto de las decisiones de la Comisión como de las resoluciones de la CNMC– a partes distintas de las únicas vinculantes en el marco de las acciones de daños por infracción del Derecho de la competencia, como pudieran ser los efectos de la infracción o apreciaciones, frecuentes en resoluciones de la CNMC, sobre el sobreprecio aplicado por las empresas infractoras. Como establece la jurisprudencia *Azúcar* del Tribunal Supremo y la jurisprudencia *Otis I* del TJUE, y como se desarrollará más adelante, corresponde al Juez civil determinar, sobre la base de la prueba practicada, la existencia de daño, su causalidad y cuantificación. Basarse para ello en apreciaciones de la autoridad administrativa no solo produce indefensión al demandado en vía civil, sino que también socava el futuro de los programas de clemencia, que ya se encuentran en acusado receso.

4. EXISTENCIA DEL DAÑO Y DEL NEXO CAUSAL ENTRE LA INFRACCIÓN Y EL DAÑO

Llegamos al examen de dos de los aspectos de las acciones de daños más controvertidos, junto con la cuantificación del daño, en la práctica jurisdiccional: la acreditación –y refutación– de la existencia del daño y del nexo causal entre la infracción de las normas de la competencia y el daño.

A diferencia de la vinculación de los órganos jurisdiccionales a la declaración de infracción realizada en una decisión de la Comisión –y resolución de la CNMC–, el TJUE estableció en *Otis I* 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*²¹. Además, el juez nacional debe determinar individualizadamente el daño ocasionado “a cada una de las personas que han ejercitado una acción de indemnización”²².

4.1. La presunción judicial del daño en las sentencias del TS

En su examen, el Tribunal Supremo niega que las Audiencias Provinciales dieran por acreditada la existencia del daño en virtud de los artículos 17.2 de la Directiva de Daños y 76.3 LDC, normas inaplicables temporalmente como hemos señalado anteriormente, y cree discutible, aunque se limita a sembrar la duda, que lo hicieran en aplicación de la doctrina de los daños *ex re ipsa*. Considera el Tribunal que las Audiencias Provinciales actuaron correctamente al presumir la existencia del daño en virtud del artículo 386 LEC, disposición que permite a los jueces y tribunales formular presunciones judiciales.

A continuación, identifica el Tribunal los hechos base de los que cabe presumir el daño producido por el cártel de Camiones. Estos se encuentran fijados en la Decisión de la Comisión, según el Tribunal, y son los siguientes: “*la extensa duración del cártel, que se prolongó durante 14 años; en él estuvieron implicados los mayores fabricantes de camiones del EEE, con una cuota de mercado de aproximadamente el 90%; y su objeto fue la discusión y adopción de acuerdos sobre, entre otros extremos, la fijación de precios y el incremento de precios brutos*”.

Partiendo de los anteriores hechos base, con apoyo en la propia racionalidad económica de la existencia de un cártel de las características del cártel de Camiones –se refiere el Tribunal a la existencia de un mayor riesgo a ser sancionado cuanto mayor sea el beneficio que esperan obtener las infractoras de su participación en un cártel– y aplicando las reglas del raciocinio humano y las máximas de la experiencia –se refiere a la experiencia de que los cárteles causan daños–, el Tribunal Supremo considera presumible el daño en virtud del artículo 386 LEC. Concluye el Tribunal que las demandadas no han logrado revertir la presunción *iuris tantum* del daño, puesto que juzga que las hipótesis que esgrimen las demandadas para ello son incorrectas –que la infracción no consistió en la fijación de precios–, no plausibles –que el pacto entre las sancionadas buscaría fijar un precio inferior al que resultaría de una competencia no distorsionada–, o exigen basarse en hechos considerados por las Audiencias Provinciales no probados –la existencia de repercusión o “*passing-on*” del sobrecoste–.

Además, las demandadas intentaron argumentar, sin éxito, que la existencia de descuentos en el precio final pagado por los adquirientes de camiones y la

21. Sentencia *Otis I*, apdo. 65.

22. Sentencia *Otis I*, apdo. 66.

heterogeneidad de los productos afectados por el cártel excluirían la existencia del daño. El Tribunal Supremo reconoce que la heterogeneidad de los productos afectados puede dificultar la labor de cuantificación del daño, pero que, sin embargo, no lo excluye. En cuanto a los descuentos, el Tribunal niega que las demandadas hayan probado que nacieran como consecuencia del cártel y, con apoyo en el concepto de “*efecto marea*” acuñado en la sentencia del Tribunal de Distrito de Ámsterdam de 12 de mayo de 2021, concluye que los hipotéticos descuentos se habrían producido desde un nivel de precios brutos más alto en comparación con el nivel correspondiente al escenario contrafactual no cartelizado, por lo que los precios netos serían también más elevados.

4.2. Valoración propia

Las conclusiones alcanzadas por el Tribunal Supremo nos merecen las siguientes valoraciones. En primer lugar, no todos los hechos base de los que parte el Tribunal Supremo para presumir la existencia del daño constituyen hechos vinculantes en el sentido de la jurisprudencia *Otis I* del TJUE y *Azúcar y Media-pro* del propio Tribunal Supremo. A modo de ejemplo, cabe señalar que la cuota de mercado de las sancionadas, que alcanzaba el 90%, es un hecho que no figura ni en la parte dispositiva de la Decisión de la Comisión ni en la motivación que le sirve de soporte y, por lo tanto, no sería recurrible de conformidad con la jurisprudencia *Pergan* del Tribunal General y la sentencia *Cables* de la Audiencia Nacional.

En segundo lugar, el daño presumido por las Audiencias Provinciales, presunción confirmada por el Tribunal Supremo, se refiere, en realidad, al daño causado a la competencia en el mercado, daño que ya ha sido sancionado por una autoridad de la competencia hasta un límite (10% del volumen de negocios) establecido por el legislador (artículo 23.2 del Reglamento 1/2003 y sus equivalentes en el Derecho nacional). Por el contrario, el daño individualmente sufrido por las demandantes es obviado en las sentencias de junio de 2023. Este análisis, no obstante, es imprescindible, porque típicamente no todo legitimado activamente para reclamar daños –“*cualquier persona*” en el sentido de la jurisprudencia *Courage/Crehan* del TJUE, ya sean compradores directos, indirectos, empresas que no hayan comprado a los integrantes del cártel, consumidores finales o terceros ajenos al mercado cartelizado– ha sufrido realmente un sobreprecio²³. En esto, las infracciones del Derecho de la competencia se diferencian de otras materias como las infracciones de derechos de propiedad industrial o de compe-

23. Sentencia de 20 de septiembre de 2001, asunto C-453/99 *Courage y Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465; de 13 de julio de 2006, asunto C-295/04 *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461 y de 12 de diciembre de 2019, asunto C-435/18 *Otis II*, ECLI:EU:C:2019:1069.

tencia desleal, por cuanto en estas últimas la infracción se comete típicamente contra una empresa determinada, mientras que las restricciones de la competencia afectan a la competencia en el mercado en cuestión, sin que sea labor de las autoridades de competencia identificar a aquellos compradores del cártel que hayan podido sufrir un sobreprecio.

Precisamente, las acciones de reclamación de daños por infracción del Derecho de la competencia (la llamada aplicación privada del mismo) tratan de reparar el perjuicio individual, como recuerda el legislador comunitario en el artículo 3.3 de la Directiva de Daños al prohibir las sobrecompensaciones. Al proceder de la forma descrita, el Tribunal Supremo obvia las particularidades del caso individual y parece influenciado por la concepción del Derecho de daños desarrollada en la jurisprudencia del TJUE que contempla este Derecho como una herramienta que contribuye a garantizar el efecto útil de los artículos 101 y 102 TFUE y a la disuasión de infracciones de estas normas –la interposición de acciones de daños evitaría la comisión de infracciones de las normas de competencia y por lo tanto, contribuiría a su respeto y efectividad²⁴. Creemos que trasladar esta concepción del ámbito público –donde en acciones *follow-on* ya se ha impuesto una sanción administrativa–al civil corrompe la verdadera finalidad del Derecho de daños y le atribuye una finalidad disuasoria que lleva a interpretaciones extensivas de los principios de daño y causalidad que rigen en los Derechos civiles de los Estados miembros. La aplicación del Derecho civil con fines disuasorios también suscita cuestiones constitucionales de compatibilidad con el principio *non bis in idem*, pues las empresas demandadas en acciones consecutivas (“*follow-on*”) ya han sido condenadas al pago de importantísimas multas por las infracciones cometidas.

En tercer lugar, y como podrá apreciarse con mayor detalle en la sección relativa a la estimación judicial del daño del presente artículo, la existencia del daño presumida por los tribunales en virtud del artículo 386 LEC acaba alcanzando a la propia cuantificación del daño. Y ello porque, como veremos, el Tribunal Supremo considera que la presunción judicial del daño permite dar por acreditada la existencia del daño, requisito que debe cumplirse para que los jueces y tribunales

24. En *Courage*, el TJUE señaló que “*en efecto, un derecho de esta índole refuerza la operatividad de las normas comunitarias de competencia y puede disuadir los acuerdos o prácticas, a menudo encubiertos, que puedan restringir o falsear el juego de la competencia. Desde este punto de vista, las acciones que reclaman indemnizaciones por daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales nacionales pueden contribuir sustancialmente al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad*” (apdo. 27). Y en *Tráficos Manuel Ferrer* que la iniciativa privada nace porque la “*iniciativa del sector público, es decir, de la Comisión y de las autoridades nacionales de la competencia, para combatir los comportamientos contrarios a la competencia no era suficiente a efectos de garantizar el pleno respeto de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE, y de que debía facilitarse al sector privado la posibilidad de contribuir al cumplimiento de ese objetivo*” (Sentencia *Tráficos Manuel Ferrer*, apdo. 41).

puedan estimar seguidamente el daño, siempre y cuando resulte prácticamente imposible o excesivamente difícil su cuantificación. Se produce de esta forma un razonamiento circular, se presume el daño y a partir de su existencia el juez también puede estimar su cuantía, que tiene por resultado una notable reducción del esfuerzo probatorio exigido al perjudicado por una infracción del Derecho de la competencia, puesto que ni siquiera debe este demostrar el daño específico y concreto sufrido ni cuantificar su importe. Es más, debido a las dificultades prácticas a las que se enfrentan las demandadas para enervar la presunción del daño, la presunción establecida en virtud del artículo 386 LEC, *a priori* una presunción *iuris tantum*, deviene en la práctica una presunción *iuris et de iure*.

Creemos que las sentencias del Tribunal Supremo son difíciles de conciliar con las normas relativas a la carga de la prueba. Y ello, porque conducen a que las demandantes no deban satisfacer la carga de demostrar el daño sufrido como consecuencia de la infracción, carga que les corresponde en virtud de los artículos 76.1 LDC y 217.2 LEC. Por ende, las demandadas acaban sufriendo las consecuencias de dicho incumplimiento, cuando las pretensiones de las demandantes deberían ser desestimadas de conformidad con el artículo 217.1 LEC, como los tribunales de otros Estados miembros no han dudado en hacer.

En efecto, cabe citar, por ejemplo, la sentencia de la *High Court* de Inglaterra y Gales de 9 de octubre de 2018, dictada como consecuencia de la reclamación de daños de BritNed contra el fabricante de cables submarinos ABB con base en una Decisión de la Comisión de 2014, que sancionó a ABB y otros diez fabricantes por un cártel de reparto de mercado, concertación de pujas e intercambio de información en dicho sector²⁵. La *High Court* no considera que una presunción del daño ayude particularmente en la evaluación de daños en casos de cártel y que, desde luego, tampoco considera que sea apropiado que el Juez adelante la aplicación de la legislación que, para casos futuros, introduce dicha presunción²⁶. Es más, señala que si el análisis económico (informe pericial) y los hechos resultan ser tan convincentes como alega la demandante, entonces esta habrá logrado establecer la existencia de un sobreprecio sin necesidad de recurrir a una presunción, mientras que si, por el contrario, el análisis económico y los hechos son menos convincentes, no se logra ver por qué, en ausencia de legislación que lo imponga, el juez debería respaldar una demanda, de otro modo débil, recurriendo a una presunción de que se ha producido tal daño. La sentencia rechaza que el cártel resultara en un sobreprecio para BritNed, que reclamaba 180

25. Sentencia [2018] EWHC 2616 (Ch) disponible en: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2018/10/britned-v-abb-judgement.pdf>

26. Traducción propia del original inglés “*I do not consider that a presumption of harm particularly assists in the assessment of damages in cartel cases, and I certainly do not consider that it is appropriate for me to pre-empt legislation specifically introducing into future cases this presumption.*” (párrafo 23(3)).

millones de euros de daños, y sólo concedió 13 millones de euros por ineficiencias generadas por el cártel (“*cartel inefficiencies*”) y ahorros del cártel (“*cartel savings*”). La apelación de BritNed fue rechazada el 31 de octubre de 2019 por la *Court of Appeal* inglesa que, en su sentencia, además, anuló la condena de ABB al pago de la cifra adjudicada en primera instancia en concepto de ahorros del cártel (“*cartel savings*”)27. Especialmente interesante resulta la afirmación que la *Court of Appeal* hace en relación con la carga de la prueba en el apartado 244 de su sentencia: “*la carga de probar que ha sufrido un perjuicio y la cuantía de dicho perjuicio recae en la demandante*”28.

En este mismo sentido, el Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*) en una serie de sentencias sobre el cártel de las Vías de tren, iniciada con la de 11 de diciembre de 201829 sentenció que no era aplicable, por no corresponder al curso típico de los acontecimientos, la prueba *prima facie* (*Anscheinsbeweis*, § 286 ZPO, la LEC alemana) de la existencia de un daño en un cártel (al que no era de aplicación la presunción de la Directiva de Daños). En palabras (traducidas) del *Bundesgerichtshof* (apdo. 62): “*Aun cuando, a la vista de cuanto antecede, se cuente con un conocimiento económico basado en la experiencia acerca de los efectos de las prácticas colusorias, no se da, a la vista de la multiplicidad de formas y de la complejidad de los acuerdos restrictivos de la competencia, de su ejecución y de sus efectos, la tipicidad necesaria para la aplicación de los principios de la prueba prima facie. Ciertamente, estos acuerdos están orientados básicamente hacia la obtención del efecto más amplio posible. En efecto, la finalidad, perseguida en conjunto por las empresas participantes, de obtener precios considerados suficientes podrá alcanzarse por regla general tanto más fácilmente cuanto mejor se lleven a la práctica los acuerdos y cuanto más elevada sea la disciplina en el seno del cártel. Ahora bien, ello **no justifica la conclusión de que existe una muy elevada probabilidad de que los acuerdos se lleven a la práctica con éxito**, esto es, **que la obtención de precios más elevados responde a un curso típico de los acontecimientos**. El hecho de si y, en su caso, en qué medida los acuerdos restrictivos de la competencia **tienen un efecto sobre los precios dependerá de una multitud de factores**, entre los cuales se encuentra el número de operadores en el mercado, el número de empresas que participan en los acuerdos, las posibilidades con que estas cuentan de intercambiar la información necesaria para la ejecución de los acuerdos, el porcentaje de cobertura del mercado, el grado de disciplina en el seno del cártel y las posibilidades de la contraparte del mercado de cubrir de otro modo sus necesidades o de adoptar*

27. Britned Development Ltd v ABB AB And ABB Ltd [2019] EWCA Civ 1840.

28. Traducción propia del original inglés: “*The burden of proof lies on the claimant to establish that he has suffered loss and the quantum of that loss*” (apdo. 244).

29. Asunto KZR 26/17, VBK/Schreck-Mieves (*Schienenkartell*).

otras medidas de respuesta. La influencia de estos factores, precisamente cuando se está en presencia –como en el caso de autos– de acuerdos restrictivos de la competencia que se extienden a lo largo de un período prolongado, puede estar sujeta a modificaciones sustanciales. En particular, no debe soslayarse que los acuerdos son adoptados por empresas que, básicamente, persiguen cada una de ellas sus propios intereses y no tendrán por qué estar dispuestas sin excepción a someterse a la disciplina del cártel. Habida cuenta sólo de esta circunstancia, no se da un curso de los acontecimientos típico y uniforme”. Esta jurisprudencia fue reiterada en otras sentencias del *Bundesgerichtshof* referidas al mismo cártel.

Frente a estos ejemplos del nivel de exigencia para la prueba de la existencia de un daño en el Derecho europeo comparado, en las sentencias camiones nuestro Tribunal Supremo señala, en respuesta a las alegaciones de las demandadas sobre la infracción de la carga de la prueba, que “*el problema que se ha planteado en el litigio no es de insuficiencia probatoria absoluta y por ello la Audiencia Provincial no ha infringido las reglas de la carga de la prueba*”. Este pronunciamiento nos parece cuestionable, puesto que los artículos 217.1 LEC y 76.1 LDC no exigen insuficiencia probatoria *absoluta* para desestimar las pretensiones del demandante, sino que basta con la existencia de dudas sobre hechos relevantes para la decisión³⁰.

5. CUANTIFICACIÓN Y ESTIMACIÓN JUDICIAL DEL DAÑO

19

La cuantificación del sobrecoste sufrido como consecuencia de una infracción del Derecho de la competencia ha devenido el centro de atención de las acciones de daños. Ello se debe a que el recurso extendido y sistemático a la presunción judicial del daño por los órganos jurisdiccionales españoles reduce el ámbito de estas acciones, en gran medida, a la discusión sobre la cuantificación del sobrecoste³¹.

5.1. Las sentencias del Tribunal Supremo

En cuanto a la cuantificación del sobrecoste sufrido por las demandantes, las sentencias del Tribunal Supremo parten de la presunción del daño establecida previamente de conformidad con el artículo 386 LEC. A continuación, se detienen en la aptitud de los informes periciales de las partes para demostrar la

30. El propio Tribunal Supremo ha establecido que “*la función de la carga de la prueba en el proceso civil es determinar las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes que hayan resultado controvertidos*” (Sentencia de 13 de marzo de 2014, rec. núm. 755/2012, ECLI:ES:TS:2014:1109).

31. Así lo reconocen las propias sentencias de instancia. Véanse, por ejemplo, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia, de 10 de marzo de 2023, núm. 24/2013, FD 1º o el Auto de este mismo Juzgado, de 14 de junio de 2019, rec. núm. 338/2019, ECLI:ES:JMV:2019:48A, FD 2º, apdo. 15.

cuantía del sobrecoste. Esta aptitud debe ponerse en relación con las dificultades inherentes a las acciones de daños, en concreto, para determinar cuál habría sido el precio del producto cartelizado en un escenario contrafactual no cartelizado.

El Tribunal Supremo considera razonable la decisión de las Audiencias Provinciales de negar eficacia probatoria a los informes periciales presentados por las demandantes, puesto que no cumplían con el requisito formulado en su jurisprudencia Azúcar, que establece 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*”³². Ello se debe a que los informes de las demandantes se construyeron en torno a las estadísticas contenidas en estudios académicos realizados con “*una finalidad ajena a la concreta cuantificación del daño, sin que sus conclusiones puedan extrapolarse sin más a cualquier caso (al margen de las características del cártel y de los productos afectados) por remisión a una media ponderada*”, como acertadamente advierte el Tribunal Supremo.

No obstante, entiende el Tribunal que la inaptitud de los informes periciales de las demandantes para demostrar la cuantía del sobrecoste no es óbice para estimar, al menos parcialmente, las demandas. El Tribunal parece reducir la controversia sobre la cuantificación del sobrecoste a la existencia de dificultades, que deben superarse recurriendo a la posibilidad de estimación judicial del daño en virtud del principio de indemnidad derivado de los artículos 101 TFUE y 1902 CC –porque de lo contrario, entiende el Tribunal, el artículo 101 TFUE no podría desplegar su efecto útil–. En efecto, el Tribunal examina si el recurso por las Audiencias Provinciales a la estimación judicial del daño resulta correcto. Para ello, se apoya en la interpretación del artículo 17.1 de la Directiva de Daños realizada en la sentencia *Tráficos Manuel Ferrer* del TJUE, pese a entender inaplicable temporalmente esta disposición y su norma de transposición, el artículo 76.2 LDC, como hemos mencionado anteriormente.

A la luz de *Tráficos Manuel Ferrer*, el Tribunal Supremo examina si la imposibilidad práctica para cuantificar el sobrecoste se debe a que las demandantes no han desplegado un esfuerzo probatorio suficiente dirigido a satisfacer esta carga, en cuyo caso, no cabría estimar judicialmente el daño. Entiende que el esfuerzo probatorio desplegado por las demandantes debe analizarse con referencia al momento de presentación de la demanda, para “*no caer en un sesgo retrospectivo*”. El Tribunal Supremo se refiere a las acciones de daños examinadas como pertenecientes a la “*primera oleada*” de reclamaciones por el cártel de Camiones en España, momento en el que se desconocía, según aquel, que los informes periciales contruidos en torno a estudios académicos que recogen estadísticas

32. Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013, rec. núm. 2472/2011, citada anteriormente, FD 7º.

sobre cárteles no cumplen con el estándar probatorio que les es exigible según la jurisprudencia *Azúcar*.

El Tribunal Supremo entiende necesario valorar las concretas circunstancias del cártel de Camiones y de las reclamaciones pertenecientes a la mencionada “*primera oleada*” de reclamaciones para valorar el esfuerzo probatorio desplegado por las demandantes. Las características del cártel de Camiones –extensa duración temporal y amplia extensión geográfica de la conducta, elevada cuota de mercado afectada y gravedad de la conducta– dificultaría, según el Tribunal, aplicar con éxito distintos métodos de cuantificación del sobre coste recogidos en la Guía práctica de la Comisión³³. Dichas características, además, impedirían a las demandantes obtener los documentos necesarios para fundamentar sus reclamaciones de daños.

Por lo que se refiere a las circunstancias propias del transcurrir de los litigios, el Tribunal Supremo interpreta la sentencia *Tráficos Manuel Ferrer* en el sentido de que el hecho de que las demandantes no hayan solicitado el acceso a fuentes de prueba previsto en el artículo 5 de la Directiva de Daños y el artículo 283 bis LEC que lo transpone no determina el grado de esfuerzo probatorio del sobre coste exigido a las demandantes. Es más, en el hipotético caso de que las demandantes hubieran solicitado el acceso a las fuentes de prueba de conformidad con el artículo 283 bis LEC, considera el Tribunal que habrían dispuesto de un escaso plazo legal de 20 días para presentar la demanda tras la práctica de las medidas³⁴ y que, además, su práctica podría generarles un coste económico desproporcionado respecto del importe reclamado, lo que convertiría la reclamación en “*claramente antieconómica*”. Las anteriores circunstancias dificultarían, concluye el Tribunal, la labor de cuantificación del sobre coste sufrido. Además, señala que en el momento de ejercitar las reclamaciones de la “*primera oleada*” mencionada existía un consenso general en cuanto a que el plazo de prescripción aplicable a estas era de un año previsto en el artículo 1968.2 CC, plazo que el Tribunal Supremo considera que “*dejaba poco margen para la realización de informes periciales más elaborados*”.

Como consecuencia de los anteriores obstáculos para presentar un informe pericial que cumpla con el estándar probatorio establecido por la jurisprudencia *Azúcar*, el Tribunal Supremo rechaza que haya existido “*una inactividad probatoria del demandante que impida hacer uso de las facultades estimativas*” del

33. Guía Práctica “*Cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*” que acompaña a la Comunicación de la Comisión sobre cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del TFUE, DO C 167 de 13.6.2013, p. 19/21.

34. Artículo 283 bis.e).2 LEC.

daño. En consecuencia, entiende correcto el recurso a la estimación judicial del daño por las Audiencias Provinciales.

Finalmente, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre el porcentaje de sobre-coste concreto que cabe estimar en las acciones pertenecientes a la “*primera oleada*” de reclamaciones por el cártel de Camiones. Establece que, en tanto en cuanto no se acredite que el importe del daño ha sido superior o inferior al 5% mínimo del precio del camión cartelizado, porcentaje que “*una generalidad de tribunales ha fijado prudentemente*” en relación con el cártel de Camiones según el Tribunal, la demandante no puede pretender obtener una indemnización superior a dicho 5% y la demandada rebajar la indemnización a un porcentaje inferior.

Por lo que se refiere a la aptitud del informe pericial de las demandadas para lograr rebajar dicho porcentaje mínimo, el Tribunal Supremo realiza una importante clarificación de su jurisprudencia *Azúcar*. En sus sentencias de 2012 y 2013 en el cártel del Azúcar, el Tribunal Supremo entendió que las infractoras podían cuestionar la cuantificación del daño realizada por la demandante. No obstante, para ello, no era suficiente con que el informe pericial de las infractoras se limitara a cuestionar la exactitud y precisión de la cuantificación realizada por el informe pericial de la demandante, sino que era necesario que ofreciese una cuantificación alternativa mejor fundada³⁵.

Pues bien, en dos de las 15 sentencias de junio de 2023, en relación con los únicos supuestos examinados en los que los informes periciales de las demandadas ofrecen una cuantificación del sobre-coste alternativa a la presentada por las demandantes, el Tribunal admite la posibilidad de que el informe pericial de la infractora pueda dar como resultado de la cuantificación del daño un valor muy bajo, o incluso arrojar un valor cero. Estos resultados no pueden por sí solos descalificar automáticamente la eficacia probatoria de dichos informes, puesto que, como afirma el Tribunal Supremo, ello “*sería tanto como negar la posibilidad de probar que en un caso concreto puede no haber existido daño. En otros términos, significaría asumir apriorísticamente que en el cártel litigioso han existido daños en el 100% de los casos*”. Añade el Tribunal que “*tampoco puede sostenerse que un informe pericial sobre valoración de daños derivados de infracciones anticompetitivas quede privado de efectos probatorios porque la mayor parte de los datos utilizados procedan de fuentes internas de la demandada (como responsable de las prácticas colusorias). Lo que sí compromete seriamente la eficacia probatoria del dictamen pericial aportado en esta litis por las demandadas, es el hecho de que los datos que somete a su análisis comparativo*

35. Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013, rec. núm. 2472/2011, citada anteriormente, FD 7°.

y econométrico no pueden considerarse suficientes para alcanzar conclusiones fiables y plausibles en función del limitado periodo temporal que abarcan”.

5.2. Valoración propia

Las sentencias del Tribunal Supremo suscitan varios interrogantes sobre la cuantificación y estimación judicial del daño. A nuestro parecer, el mayor interrogante que suscita el fallo del Tribunal es que justifica la procedencia de recurrir, en virtud del principio de indemnidad derivado de los artículos 101 TFUE y 1902 CC, a la estimación judicial de la cuantía del sobrecoste con apoyo en razonamientos no alineados con la jurisprudencia sentada en la sentencia *Tráficcos Manuel Ferrer* del TJUE. El TJUE estableció claramente en esta sentencia que la mera existencia de incertidumbres en cuanto a la cuantificación del daño, que son inherentes a todas las acciones de daños, “*no corresponde al grado de complejidad de la evaluación del perjuicio que se requiere para la aplicación de la estimación judicial prevista en el artículo 17, apartado 1, de dicha Directiva*” (apdo. 52). El TJUE interpreta el artículo 17.1 de la Directiva de Daños en el sentido de que los requisitos que deben cumplirse para poder recurrir a la estimación judicial del daño son los siguientes: que la demandante acredite la existencia del daño y que resulte prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlo con precisión. Ello implica, según el TJUE, “*tomar en consideración el conjunto de los parámetros que llevan a tal conclusión, en particular el carácter infructuoso de trámites como la solicitud de exhibición de pruebas establecida en el artículo 5 de dicha Directiva*” (apdo. 65).

El análisis del Tribunal Supremo, no obstante, se detiene en las dificultades inherentes a las acciones de daños en general y las particulares que caracterizan a las reclamaciones pertenecientes a la “*primera oleada*” de reclamaciones por el cártel de Camiones. Por ello, entendemos que no respeta la jurisprudencia *Tráficcos Manuel Ferrer*. Además, en contra de lo establecido en esta jurisprudencia, el Tribunal Supremo diluye la importancia del trámite de acceso a fuentes de prueba como medio previsto en el artículo 5 de la Directiva de Daños y el artículo 283 bis LEC para superar los obstáculos que puedan darse para cuantificar el sobrecoste. Todo ello, sin consultar prejudicialmente con el TJUE en virtud del artículo 267 TFUE, al que corresponde la función de interpretación de los Tratados de la UE.³⁶ En efecto, cuando un tribunal nacional de última instancia quiere apartarse de la jurisprudencia establecida del TJUE o interpreta, como sería el caso aquí, una disposición del Tratado (el artículo 101 TFUE) de manera distinta a cómo el TJUE ha interpretado el Derecho secundario en la misma materia (la facultad judicial de estimación del daño en el artículo 17.1 de la Directiva de Da-

36. Artículo 19 del Tratado de la UE.

ños) está, conforme al tercer apartado del artículo 267 TFUE, obligado a plantear una cuestión prejudicial al TJUE sobre la resultante duda de interpretación³⁷.

Las sentencias camiones difieren en estos aspectos de la jurisprudencia *Tráficos Manuel Ferrer*, lo que conduce a resultados contrarios a las normas de la UE que rigen las acciones de daños por infracción del Derecho de la competencia. Entre todos ellos, resulta particularmente alarmante que los tribunales de instancia y el Tribunal Supremo prescindan del examen del daño individualmente sufrido y lo consideren acreditado mediante el recurso a presunciones judiciales. Como ya hemos señalado, aunque un cártel cause daños, no causa daños a todos los legitimados activamente –compradores directos, indirectos, consumidores finales, terceros ajenos al mercado cartelizado o empresas que no hayan comprado a los integrantes del cártel–, sino, únicamente a aquellos que realmente acrediten haber sufrido un daño³⁸. Resulta alarmante, porque la total ausencia de prueba del daño individual no les merece reproche alguno a las demandantes en contra de lo establecido en el artículo 217.1 LEC, como tampoco lo hace la presentación de informes periciales que se construyen en torno a datos y estadísticas alejados de la realidad económica de la infracción concreta y que, por lo tanto, es evidente que no son aptos para demostrar la cuantía del sobre coste, independientemente de que se trate de la “*primera oleada*” de demandas relacionadas con el cártel de Camiones.

24

Al respecto, creemos que el hecho de que abstractos estudios académicos y estadísticos sean manifiestamente insuficientes para cumplir con la carga de la prueba debiera estar fuera de toda discusión, como ya se desprendía antes de esta “*primera oleada*” de numerosas sentencias de instancia en el cártel de Sobres sancionado por la CNC y de las propias sentencias del Azúcar del Tribunal Supremo³⁹. Limitarse a aportar un informe pericial de tales características para cuantificar el daño equivale, en nuestra opinión, a una clara inactividad probatoria del demandante, cuya consecuencia no debiera ser otra que la imposibilidad de estimación judicial y la consiguiente desestimación de la demanda por no haber cuantificado el daño, al atribuir los artículos 217.2 LEC y 76.1 LDC las consecuencias de esta falta de prueba al demandante.

Nada tienen que ver estos informes inservibles con las pruebas periciales aportadas en el asunto *Royal Mail*⁴⁰ al que se refiere el Tribunal Supremo en sus

37. Sentencias del TJUE de 6 de octubre de 2021, asunto C-561/19 *Consorzio Italian Management*, ECLI:EU:C:2021:799, apdos. 32, 33, 47 y 51; y de 22 de diciembre de 2022, asunto C-83/21 *Airbnb Ireland UC y Airbnb Payments UK Ltd c Agenzia delle Entrate*, ECLI:EU:C:2022:1018, apdo. 80.

38. Véase nota al pie de página nº 23.

39. Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 25 de marzo de 2013 en el Expte. S/0316/10 *Sobres de Papel*.

40. Sentencia del *Competition Appeal Tribunal* de 7 de febrero de 2023, *Royal Mail*, Case Nos.: 1284/5/7/18 (T) and 1290/5/7/18 (T), cit. [2023] CAT 6.

sentencias o con el informe pericial de la demandante en el asunto *BritNed*, que aun así no impidió que la demanda se desestimara por cuantificación inadecuada. Los tribunales no debieran sucumbir, debido a las dificultades existentes para cuantificar el daño, a la lenidad al exigir la satisfacción de la carga de la prueba que corresponde al demandante. ¿Qué dificultad insuperable existe para realizar una comparación diacrónica entre los precios de los camiones cartelizados antes y después del periodo de infracción? ¿O de comparar los precios con los de otras categorías de camiones no cartelizados?, por dar solo dos ejemplos de contrafactual posible. Los requisitos de la carga de la prueba en materia de acciones de daños por infracción del Derecho de la competencia no debieran ser distintos de aquellos que rigen otras materias propias del artículo 1902 CC, como la responsabilidad por daños medioambientales o productos defectuosos.

Una de las dificultades en las que se ampara el Tribunal Supremo merece particular atención. Se trata del carácter antieconómico de las acciones de daños —cuando un camionero demanda por tres camiones, en palabras del Tribunal Supremo—, que se debe, en parte, al hecho de que nuestro ordenamiento jurídico no cuente con un régimen operativo de acciones colectivas en la presente materia, puesto que las acciones colectivas no se han habilitado para los perjudicados que no sean consumidores⁴¹, como es el caso de los autónomos y empresas que adquirieron camiones afectados por el cártel de Camiones. Este hecho, sin embargo, no debiera beneficiar a las demandantes —extensión del alcance del principio de efectividad del artículo 101 TFUE— ni perjudicar a las demandadas —quienes sufren las consecuencias de la insuficiencia probatoria por parte de las demandantes—, sino que debería impulsar una modificación legislativa del artículo 11 LEC y una clara admisión de la acumulación masiva de demandas individuales de daños o de otras construcciones alternativas, como la creación de vehículos societarios especiales que ejercitan las acciones cedidas por los perjudicados (“*special purpose vehicles*”), que ya se están aplicando en países de nuestro entorno, para canalizar las demandas de perjudicados atomizados en uno solo o pocos litigios. Los ordenamientos jurídicos de otros Estados miembros ya prevén la acumulación o cesión de acciones para reclamar por el daño sufrido, lo que permite que las demandantes aúnen esfuerzos económicos para presentar un informe pericial apto a los efectos de probar el daño y cuantificar su importe. Los pronunciamientos en *BritNed* y *Schienenkartell* a los que ya nos hemos referido hablan por sí mismos y no tenemos ninguna duda de que demandas basadas en informes periciales puramente académicos y estadísticos sin relación alguna con los hechos concretos del cártel serían desestimadas. Estamos a la espera de que el *Landgericht München* se pronuncie sobre una demanda colectiva de miles

41. Véase el artículo 11 LEC.

de compradores de camiones en la que el tribunal ha encargado, como prueba judicial, a un prestigioso instituto público un informe pericial sobre existencia y alcance de sobrepuestos en el cártel de Camiones, para cuya elaboración el *Frauenhofer Institut* contó con un plazo de un año.

Las sentencias del Tribunal Supremo suscitan ulteriores dudas. Nos preguntamos si el sobrecoste consistente en el 5% del precio del camión afectado por el cártel al que alude el Tribunal debe entenderse como un porcentaje mínimo del sobrecoste o si es sencillamente el que origina de los fallos procedentes de los tribunales de instancia. Además, ¿deben los tribunales de instancia aplicar este 5% de sobrecoste, en ausencia de prueba de un daño mayor o inferior, en los litigios relacionados con el cártel de Camiones pendientes de fallo? ¿Concluirá el Tribunal Supremo que el porcentaje de sobrecoste es otro distinto al 5% en una segunda y sucesivas “oleadas” de reclamaciones por el cártel de Camiones? ¿Qué habría sentenciado el Tribunal Supremo si hubiera admitido los recursos de casación en la primera oleada de reclamaciones relacionadas con el cártel de Sobres de papel sancionado por la CNC, en las que la Audiencia Provincial de Barcelona estimó judicialmente el sobrecoste en nada menos que un 20% del precio de compra de los sobres⁴²? Sorprendentemente, dichas casaciones fueron inadmitidas por entender la Sala de Admisión que la *ratio decidendi* de las sentencias de la Audiencia Provincial no habían consistido en la estimación judicial del daño, cuando éstas aseveran textualmente que “*acudimos, por tanto, a un criterio estimativo, distinto al establecido en los informes periciales de parte, criterio que fijamos en un 20% lineal durante todo el periodo de tiempo de duración del cártel (1990 a 2010)*”⁴³.

De lo anterior se desprende que el recurso a la estimación judicial del daño para cuantificar el sobrecoste puede generar, cuanto menos, inseguridad jurídica e incluso arbitrariedad. Además, el sobrecoste fijado en el 5% del precio del camión cartelizado es un criterio que se aleja de la juridicidad y se aproxima a lo salomónico, solución expresamente rechazada en la jurisprudencia *Azúcar* del Tribunal Supremo⁴⁴. ¿Cuál es la “*necesaria justificación*” en el sentido de *Azúcar* del 5% o de un 20%?

42. Por todas, Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de febrero de 2022, rec. núm. 2112/2021, ECLI:ES:APB.2022:1182 y de 27 de julio de 2022, rec. núm. 1282/2022, ECLI:ES:APB:2022:9428.

43. Por todas, Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de enero de 2020, rec. núm. 236/2019, ECLI:ES:APB:2020:698, apdo. 68.

44. El Tribunal Supremo no considera acertada la solución adoptada por la sentencia del Juzgado de instancia consistente en conceder el 50% de la indemnización solicitada. Como argumenta el Tribunal, “*que el cálculo de las indemnizaciones haya de realizarse sobre hipótesis de situaciones fácticas no acaecidas realmente puede justificar una mayor flexibilidad en la estimación de los perjuicios por el juez. Pero no puede confundirse esta mayor flexibilidad con soluciones “salomónicas” carentes de la necesaria justificación*” (Sentencia de 7 de noviembre de 2013, citada anteriormente, FD 7º).

6. LEGITIMACIÓN PASIVA

El Tribunal Supremo se pronuncia acerca de la legitimación pasiva de CNHI y MAN Iberia en las acciones de daños interpuestas contra éstas, puesto que ambas rechazan ser responsables solidarias de la infracción sancionada en la Decisión de la Comisión por no haber participado personalmente en ella.

Respecto de CNHI, el Tribunal resuelve que, entre el 1 y el 18 de enero de 2011, la empresa debe responder solidariamente de la infracción debido a su condición de sociedad matriz de Iveco SpA e Iveco Magirus AG y la influencia decisiva que ejerció sobre ellas. Además, con anterioridad al 1 de enero de 2011, el Tribunal Supremo aplica la jurisprudencia establecida por el TJUE en sus sentencias *Sumal* (pertenencia a la misma unidad económica) y *Skanska* (sucesión en la responsabilidad como consecuencia de la sucesión de reestructuraciones empresariales) para declarar responsable solidariamente a CNHI por haber sucedido a Fiat SpA, desaparecida como consecuencia de las modificaciones estructurales que alumbraron a CNHI⁴⁵.

En cuanto a MAN Iberia, el Tribunal Supremo aplica igualmente la jurisprudencia sentada en la sentencia *Sumal* para declarar a esta sociedad responsable solidaria de la infracción por pertenecer a la misma unidad económica que MAN AG, quien participó en el cártel sancionado.

7. RÉGIMEN DE PRESCRIPCIÓN

El Tribunal Supremo declara incorrecta la aplicación por las Audiencias Provinciales del artículo 1968.2º CC para determinar el plazo de prescripción aplicable a las acciones de daños examinadas. A continuación, aplica correctamente la interpretación del artículo 10 de la Directiva de Daños en relación con el artículo 22.1 realizada en la sentencia *Volvo* para declarar aplicable el régimen de prescripción previsto por dicho artículo 10. Este régimen se refiere tanto al *dies a quo* del plazo de prescripción, que el Tribunal Supremo fija, de conformidad con lo sentado en *Volvo*, en la fecha de publicación en el DOUE del resumen de la Decisión de la Comisión, como el propio plazo, de cinco años. En consecuencia, declara no prescritas las acciones de daños en el momento de presentación de las demandas.

El Tribunal Supremo no se pronuncia, sin embargo, sobre la validez de las reclamaciones extrajudiciales dirigidas por las demandantes a las infractoras, pero enviadas al domicilio de sociedades distintas a éstas, como sus sociedades filiales, para interrumpir el plazo de prescripción. Tampoco aprovecha para pro-

45. Sentencias del TJUE de 6 de octubre de 2021, asunto C-882/19 *Sumal*, ECLI:EU:C:2021:800 y de 14 de marzo de 2019, asunto C-724/17 *Skanska*, ECLI:EU:C:2019:204.

nunciar un *obiter dictum* sobre la aplicación de la misma norma (el artículo 10.2 de la Directiva de Daños) para fijar el *dies a quo* del plazo de prescripción aplicable a las acciones de daños ejercitadas a partir de una resolución de la CNMC en la publicación (firmeza administrativa) de esta resolución en la página web de la CNMC, aunque parece evidente que debe ser así.

8. DEVENGO DE INTERESES

El pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre el derecho del perjudicado a obtener intereses legales como parte de la reparación del daño es escueta, puesto que únicamente examina el inicio del devengo de dichos intereses, cual es el momento del pago del precio del camión afectado por la infracción, lo cual nos parece correcto por cuanto el daño se produce con cada compraventa del producto cartelizado.

Cabe destacar que el Tribunal Supremo no entra a valorar cuestiones relativas a la actualización del valor de los importes debidos por las demandadas a las demandantes, puesto que no fueron alegadas ante las Audiencias Provinciales. Nos referimos a si resulta más correcto aplicar el interés legal del dinero o el Índice de Precios de Consumo como índice para actualizar el valor del daño emergente sufrido y a si resulta más adecuado emplear el método de la capitalización simple frente a la compuesta para el cálculo de la suma debida en concepto de intereses. Esta última elección reviste gran importancia práctica, puesto que el uso del método de la capitalización compuesta –los intereses devengados se suman al capital para producir intereses adicionales– da lugar a un importe de reclamación artificiosamente superior respecto del que se obtiene mediante el empleo del método de la capitalización simple –los intereses devengados no se suman al capital para producir nuevos intereses–. Cabe esperar que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre estas cuestiones cuando decida resolver recursos de casación relacionados con otras acciones de daños pendientes de admisión.

9. DEFENSA BASADA EN LA REPERCUSIÓN DEL SOBRECOSTE

En solo una de las 15 sentencias dictadas en junio de 2023 (Sentencia nº 947/2023), el Tribunal Supremo examina las alegaciones formuladas por la demandante en relación con la defensa basada en la repercusión del sobrecoste sufrido –la más conocida como “*passsing-on defense*”⁴⁶–. La demandante afir-

46. La defensa basada en la repercusión del sobrecoste ha sido reconocida por nuestra jurisprudencia con anterioridad a la entrada en vigor de la Directiva de Daños. En efecto, estableció el Tribunal Supremo en su Sentencia del Azúcar de 7 de noviembre de 2013, citada anteriormente, que “*para que los compradores directos no tengan derecho a ser indemnizados por este coste excesivo sería necesario probar que ese daño*

maba que la Audiencia Provincial habría reducido el importe de la indemnización a cuyo pago condena a las infractoras por aplicación indebida de la defensa “*passing on*”, puesto que el demandado no habría probado la repercusión del sobreprecio a los clientes de la demandante.

El Tribunal Supremo rechaza que la Audiencia Provincial haya reducido la base de cálculo sobre la que aplica el porcentaje de sobrecoste del 5% para cuantificar el daño y fijado la indemnización en virtud de dicha defensa. La Audiencia Provincial de Valencia, en realidad, redujo el importe global del precio de los camiones afectados por la infracción, como base de cálculo del daño, para determinar la parte del precio que realmente pagó la demandante –la única por la que tiene derecho a reclamar–. El precio realmente pagado se obtiene, como aclara el Tribunal, restando el valor del precio de reventa del camión afectado al precio de compra, cuestión que tiene poco que ver con la defensa del “*passing-on*”.

El Tribunal Supremo no entra a valorar la posibilidad de que prospere, como forma de excluir completamente el daño o minorar, al menos, su cuantía, una defensa basada en que los compradores directos de los camiones afectados que han prestado servicios de transporte hayan podido repercutir el sobrecoste sufrido a sus propios clientes. Por ello, cabe esperar que también sobre este extremo el Tribunal Supremo tenga que pronunciarse en otra ocasión.

10. CONCLUSIÓN

29

Las sentencias del Tribunal Supremo de junio de 2023 sobre el cártel de Camiones se ciñen a controlar la razonabilidad de lo decidido por las Audiencias Provinciales.

En nuestra opinión, las sentencias entrañan un cierto riesgo de que el Derecho (civil) de daños por infracción de las normas de competencia se aleje de los principios y exigencias que rigen las acciones de responsabilidad extracontractual propias del artículo 1902 CC en cualquier otra materia, alejamiento que se justificaría, en consonancia con la jurisprudencia del TJUE, con la finalidad también disuasoria de las acciones de daños, aunque dicha disuasión ya se haya conseguido con la sanción administrativa típicamente impuesta a empresas demandadas en acciones consecutivas (“*follow-on*”). Este alejamiento es, por tanto, preocupante, puesto que obedece a criterios que nada tienen que ver con las normas sustantivas y procesales que rigen las acciones de años por infracción del Derecho de la competencia –el carácter “*antieconómico*” de las acciones de

fue repercutido a terceros, concretamente a sus clientes (lo que en la terminología del Derecho de la competencia suele denominarse como mercados “aguas abajo”)” (FD 5°).

Dicha defensa está prevista en el artículo 13 de la Directiva de Daños y en el artículo 78 LDC que lo transpone.

daños por las posibilidades limitadas que ofrece nuestro ordenamiento de ejercitar acciones colectivas, por ejemplo— y al abuso del recurso al desequilibrio que existiría entre las partes debido a las dificultades fácticas e incertidumbres inherentes a las acciones de daños —cuando entre las normas reguladoras de las acciones de daños se cuentan herramientas para hacer frente a dichas dificultades, como las solicitudes de acceso a fuentes de prueba en virtud del nuevo artículo 283 bis LEC—.

Resulta cuando menos llamativo que el Tribunal Supremo refrende sin más, incluso para un cártel al que todavía no son de aplicación la totalidad de las disposiciones de la Directiva de Daños, que en el marco de la generalidad de las acciones de daños los tribunales de instancia presuman la existencia del daño y seguidamente estimen judicialmente su cuantía. Este proceder está produciendo un “*efecto llamada*” entre los legitimados activamente para reclamar por daños debido a infracciones del Derecho de la competencia, que en muchas ocasiones acuden a los tribunales sin contar con un informe pericial mínimamente adecuado para demostrar el daño, el nexo causal y la cuantificación del daño. El resultado de este fenómeno es pernicioso para el funcionamiento de los propios juzgados —que se ven colapsados por miles de demandas de daños atomizadas de cuantías menores, como ha ocurrido en Camiones y se avecina igualmente en otros cárteles como el de los Coches y el de la Leche— y para la calidad de la justicia impartida, que puede pecar de sumaria, sobre todo si comparamos nuestros pleitos de daños con el grado de sofisticación con el que se desarrollan los mismos en los países de nuestro entorno, en los que, que sepamos y con la excepción de la reciente sentencia *Royal Mail* del *Competition Appeal Tribunal* británico⁴⁷, aún no ha recaído ninguna sentencia en las demandas de daños por el cártel de Camiones.

La confirmación de este proceder en las sentencias de Camiones del Tribunal Supremo no actúa, desde luego, como catalizador de los cambios que requiere nuestro ordenamiento jurídico para mejorar el funcionamiento de las acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia. Esta empresa requiere miras y esfuerzos a largo plazo, también del legislador.

47. *Supra*, nota 40.