

CUANTIFICANDO DAÑOS POR ILÍCITOS ANTITRUST, ¿QUO VADIMUS?

QUANTIFYING DAMAGES FOR ANTITRUST OFFENCES, QUO VADIMUS?

GUSTAVO ANDRÉS MARTÍN MARTÍN

Magistrado-Juez. Especialista mercantil

*Juzgado de lo Mercantil número 1 de Alicante, de Marca Comunitaria,
modelos y dibujos comunitarios*

Recibido:20.12.2021 / Aceptado:12.01.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6690>

Resumen: El expediente de la estimación judicial está jugando un importante papel en la determinación del daño por parte de los tribunales españoles en el caso del cártel de los camiones. Establecido el marco general de los criterios utilizados por los tribunales españoles en estos casos de cártel, cabe preguntarse por la aplicación concreta que los tribunales están realizando de dicho expediente. Del presente estudio se advierte que el expediente de estimación judicial del daño opera en dos planos diferenciados con importantes consecuencias sustantivas y procesales.

Palabras clave: competencia, daños, estimación judicial.

Abstract: The mechanism of judicial assessment is playing an important role in the determination of injury by the Spanish courts in the truck cartel case. Once established the general framework of the criteria used by the Spanish courts in these cartel cases, the question arises as how this mechanism is being applied by Courts. This study shows that the judicial assessment of damages operates on two different levels with important substantive and procedural consequences.

Keywords: competition, damages, judicial estimation.

Sumario: I. Introducción; II. Marco jurisprudencial para la determinación del daño en casos de cártel en España; III. Respuestas judiciales a la determinación del daño en el cártel de camiones; IV. Breve análisis de las respuestas dadas por los Tribunales españoles: desde la aceptación del informe pericial del demandante hasta el recurso a la decisión judicial. V. La estimación judicial como sistema de daño mínimo. VI. Dos diferentes aproximaciones al daño: el daño mínimo vs el daño íntegro. VII. la estimación judicial del daño: hacia una respuesta integrada. VIII. Conclusiones.

I. Introducción

1. Mediante dos decisiones de 19 de julio de 2016 y 27 de septiembre de 2017 ¹, la Comisión Europea ponía fin al procedimiento híbrido que ha dado lugar a la sanción de los principales fabricantes

¹ La primera decisión, de 19 de julio de 2016, se refiere al acuerdo con los fabricantes MAN, DAIMLER, IVECO, VOLVO/RENAULT y DAF. El último fabricante, SCANIA, no llegó a un acuerdo de conciliación con la Comisión Europea, por lo que el expediente se cerró en una segunda decisión adoptada el 27 de septiembre de 2017 en el marco del procedimiento sancionador ordinario. El procedimiento se había iniciado por una solicitud de clemencia presentada por MAN. La decisión de Scania no es definitiva y está pendiente de recurso.

de camiones en el EEE en relación con los camiones medios (peso entre 6 y 10 toneladas) y pesados (más de 16 toneladas), tanto rígidos como cabezas tractoras. Las prácticas anticompetitivas consistían en acuerdos colusorios sobre la fijación de precios y el aumento de los precios brutos de los camiones en el EEE, así como sobre el calendario y la repercusión de los costes de la introducción de las tecnologías de emisiones legalmente exigidas. El cártel habría durado 14 años ².

2. A pesar de la falta de experiencia previa³, hasta la fecha, España es la jurisdicción europea que más sentencias ha dictado en relación con el cártel de los camiones⁴, seguida de Alemania ⁵. Por otro lado, se admite que la cuestión del daño implica dos problemas consecutivos, su existencia y su cuantificación.

3. En cuanto a la existencia de daños, los tribunales españoles han considerado, en general, que el cártel de camiones causó un daño real en el sentido de un aumento neto de los precios. El principal problema se plantea en cuanto a la cuantificación. En cualquier caso, aunque existe cierta disparidad de criterios cuantitativos, es menor de lo que pudiera parecer.

II. Marco jurisprudencial para la determinación del daño en casos de cártel en España

4. El Tribunal Supremo español abordaba en su Sentencia de 7 de noviembre de 2013 relativa al cártel del azúcar la cuestión de la dificultad de la valoración del daño por ilícitos antitrust. Varios son los aspectos relevantes que servían de guía a los jueces y tribunales de instancia⁶.

5. En primer lugar, el Tribunal Supremo subrayó la “imposibilidad de realizar una reproducción perfecta de cuál hubiera sido la situación si no se hubiera producido la conducta ilícita”. Sin embargo, esta cuestión es un lugar común de todas las “valoraciones de daños y perjuicios que consisten en proyecciones de lo que habría sucedido si la conducta ilícita no hubiera tenido lugar”. En cierto sentido, era un reconocimiento de que los tribunales tienen una amplia experiencia en la valoración de daños y perjuicios, por lo que ese punto de partida no era infrecuente. Más interesante es que el Tribunal Supremo reconoce que existe cierta particularidad a la hora de analizar los daños derivados de los ilícitos antitrust. Esta particularidad lleva al Tribunal Supremo a citar la Propuesta de Directiva sobre daños y perjuicios (2013) ⁷. De esta forma recordaba, citando la Directiva, que la dificultad provenía del hecho de tener que comparar

² Del 17 de enero de 1997 al 18 de enero de 2011.

³ Con anterioridad al cártel de los camiones, los juzgados de lo mercantil españoles se han pronunciado sobre acciones relativas al cártel de los seguros decenales de la construcción -sancionado por la ANC el 12 de noviembre de 2009-, el cártel del azúcar -sancionado por la ANC el 12 de septiembre de 2006-, el cártel de los sobres -sancionado por la ANC el 25 de marzo de 2013-, el cártel de concesionarios AUDI/SEAT/VOLKSWAGEN -sancionado por la ANC el 28 de mayo de 2005- (este cártel dio lugar a procedimientos derivados respecto de otras marcas y dio lugar a otras sanciones como la sanción de la ANC de 5 de marzo de 2015 -concesionarios OPEL-) y el cártel de la leche -sancionado por la ANC el 11 de julio de 2019-, así como otros muchos expedientes, como Conduit/Telefónica SJM 5 de Madrid de 11 de noviembre de 2005 (ECLI:ES:JMM:2005:70). Para un análisis de algunos de los casos más antiguos, véase HITCHINGS, Paul Private Enforcement in Spain en *Global Competition Litigation Review* 1/2010.

⁴ Sólo en el último año, las audiencias provinciales españolas han dictado más de 200 sentencias sobre el cártel de camiones. Fuente: estimación propia a partir de los datos facilitados por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) en <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>.

⁵ Sin embargo, el Tribunal Supremo español aún no se ha pronunciado al respecto, a diferencia de Alemania, donde el *Bundesgerichtshof* dictó la primera sentencia el 23 de septiembre de 2020. Al respecto, véase F. MARCOS FERNÁNDEZ, “La indemnización de los daños causados por el cártel de fabricantes de camiones (Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 23 de septiembre de 2020)”, *Revista de derecho mercantil*, N° 320, 2021 ISSN 0210-0797; y J.M.MACÍAS CASTAÑO/M.GÓMEZ GENE, *El cártel de los cambios ante el Tribunal Supremo alemán* <https://almacenederecho.org/el-cartel-de-los-camiones-ante-el-tribunal-supremo-aleman>.

⁶ STS, Sala 1ª, de 7 de noviembre de 2013, (ROJ: STS 5819/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5819)

⁷ Apenas unos meses antes (el 11 de junio de 2013), la Comisión Europea había publicado la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños y perjuicios con arreglo al Derecho nacional por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. COM(2013) 404, 11.6.2013

“la situación real, consecuencia de la práctica restrictiva de la competencia, y la “situación hipotética contrafáctica”, es decir, la situación que se habría producido de no haberse producido la práctica ilícita”⁸. La mayor novedad la encontrábamos inmediatamente a continuación: “esta dificultad no debe impedir que las víctimas reciban un importe de indemnización adecuado por el perjuicio sufrido sino que justificaría una mayor amplitud del poder de los jueces para estimar el perjuicio”. De este modo, el Tribunal Supremo asumía la posición procompensación adoptada en la Propuesta de Directiva⁹.

6. No obstante, la Directiva 2014/104/UE establece que “el pleno resarcimiento con arreglo a la presente Directiva no conllevará una sobrecompensación, bien mediante indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo” (13 y art. 3.3) y nuestro legislador ha reflejado tal norma en el artículo 72.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Cabe señalar que la Directiva refleja en cierto modo la doctrina del enriquecimiento injusto recogida por el TJUE en *Courage* [2001] y *Manfredi* [2006]. Recordemos que en *Courage* [2001], inmediatamente a continuación de afirmar los principios de efectividad y equivalencia, el Tribunal de Justicia recordaba que “el Derecho comunitario no se opone a que los órganos jurisdiccionales nacionales velen por que la protección de los derechos garantizados por el ordenamiento jurídico comunitario no produzca un enriquecimiento sin causa de los beneficiarios” (ap. 30). Más allá de que esta afirmación ha sido objeto de discusión, afirmar el principio de enriquecimiento injusto como límite a la acción de daños es cuanto menos disruptivo y su introducción en *Courage* [2001] se debía más a una traición del Tribunal de Justicia a sus propios antecedentes que a una posición dogmática bien fundada¹⁰.

7. Con todo, las críticas a la regulación y los precedentes jurisprudenciales no impiden considerar que la mayor potestad que tienen los jueces para estimar el daño, y que era asumida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 7 de noviembre de 2013, se ha puesto ahora en práctica con mayor intensidad.

8. No podemos decir que esta cuestión fuera evidente hasta ahora. El derecho español no contaba con una norma como la que actualmente contiene el artículo 76.2 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia introducida tras la transposición del artículo 17 de la Directiva 2014/104/UE. La única norma estaba en el artículo 1902 del Código Civil de 1889. En relación con la regulación anterior a la transposición de la Directiva, un magistrado del Tribunal Supremo había señalado que “ante el silencio de nuestra legislación interna, habrá que aplicar la jurisprudencia sobre derecho de daños, y *adaptarla a la singularidad de estas acciones*, cuidando de que con ello no gamos imposible o extremadamente difícil la compensación del daño”¹¹.

9. El hecho de que no fuera evidente se debe a que la determinación del daño no es una operación lógico-matemática, sino lógico-jurídica. Y como tal, es necesario tener en cuenta los postulados

⁸ COMISIÓN EUROPEA. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños y perjuicios en virtud del Derecho nacional por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. COM(2013) 404, 11.6.2013 [último acceso 9/9/21] Disponible en línea en <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>

⁹ Procompensación no significa necesariamente sobrecompensación. La Directiva 2014/104/UE establece que “la compensación íntegra en virtud de la presente Directiva no debe dar lugar a una compensación excesiva” (13 y art. 3.3). La Directiva refleja en cierto modo la doctrina *del enriquecimiento injusto* establecida por el TJUE en *Courage* [2001] y *Manfredi* [2006]. No obstante, esta afirmación ha sido discutida por la doctrina y no es tan obvia como parece. Ver, G.A. MARTÍN MARTÍN, *Competencia, Enriquecimiento y Daños*, Ed. Tirant Lo Blanch. 2019.

¹⁰ Ver, G.A. MARTÍN MARTÍN, *Competencia, Enriquecimiento y Daños*, Ed. Tirant Lo Blanch. 2019. En concreto, puede verse el capítulo II, en el que se analiza como el TJUE acaba dándole la vuelta a su propia doctrina de forma que el enriquecimiento injusto (término que también es puesto en discusión) acaba no solo cumpliendo un papel contrario al que se le reconoció originalmente sino perdiendo cualquier valor normativo.

¹¹ VELA TORRES, Pedro. Experiencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en aplicación privada de la competencia. En: *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE: Directiva y propuesta de transposición* Dir. Juan Ignacio Ruiz Peris. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2016; 538 p. 64

lógico-normativos que subyacen al derecho de daños en el ámbito concreto en el que se va a aplicar¹². Aunque se ha pretendido una perfecta separación entre “disuasión” e “indemnización”, el propio TJUE en *Courage* [2001] reconoció que un sistema eficaz de acciones de daños y perjuicios puede “contribuir significativamente al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad”¹³.

10. Esta posición se admite claramente en la Comunicación de la CE sobre la cuantificación del daño antitrust¹⁴. De entrada, afirma lo que es un lugar común tanto de la doctrina europea como del propio legislador: indemnizar y disuadir son cosas distintas. La Comunicación afirma que mientras que el objetivo de las multas es la disuasión, el de las indemnizaciones por daños y perjuicios es la reparación del daño sufrido por una infracción. Sin embargo, inmediatamente después, y en consonancia con *Courage* [2001] reconoce que “las soluciones más eficaces para los consumidores y las empresas para obtener reparación tendrían también efectos beneficiosos *en términos de disuadir* de futuras infracciones y garantizar mayor observancia de esas norma”. Por tanto, el *private enforcement* no es absolutamente hermético a la función disuasoria. Ello no quiere decir, obviamente, que se tengan que asumir daños punitivos. Propuesta que, a pesar de encontrarse contenida en el Libro Verde, fue finalmente rechazada. Europa optaba, por tanto, por su propia construcción de un sistema de daños antitrust diferenciándose del sistema estadounidense.

11. En segundo lugar, el Tribunal Supremo recuerda otro lugar común en la cuantificación de los daños: la importancia del informe pericial. La importancia del informe pericial ha sido destacada reiteradamente por la doctrina¹⁵, como era de esperar. La importancia de los informes económicos en el cártel de camiones se ha puesto de manifiesto recientemente en la sentencia del Tribunal de Distrito de Ámsterdam de 12 de mayo de 2021¹⁶, en la que se admitió una nueva teoría de los daños en relación con los intercambios de información sobre los precios brutos de lista (aunque estos estén predeterminados), por lo que no puede excluirse *a priori* que fuera previsible un impacto en los precios, incluso cuando no se cumplen los criterios de *Airtours* [2002]¹⁷. Pendiente todavía de resolución definitiva, da buena cuenta de la importancia de los informes periciales en sede antitrust por las dificultades que la determinación del daño (tanto en sede de causalidad como de cuantificación). Cuestión, en todo caso, que resulta un *loci* del antitrust y, por ello, no resulta discutida tal afirmación.

12. Más complejo, sin embargo, es el estándar probatorio. En ausencia de norma comunitaria, corresponde a los Estados Miembros determinar el nivel probatorio adecuado y el grado de precisión exigible. El problema es que en un ámbito como el del Derecho de la Competencia, un enfoque basado en moldes clásicos, generalmente rígidos, podía llevar a la desestimación de la demanda. Un estándar

¹² Esto se analiza G.A. MARTÍN MARTÍN, *Competencia, Enriquecimiento y Daños*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2019.

¹³ Asunto C-453/99. *Courage Ltd contra Bernard Crehan y Bernard Crehan contra Courage Ltd y otros* [2001] de 20 de septiembre. (ECLI:EU:C:2001:465). par. 27.

¹⁴ COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las acciones por daños y perjuicios basadas en la infracción de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. 2013/C 167/07 [último acceso 9/9/21] disponible en línea en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52013XC0613\(04\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52013XC0613(04)&from=EN).

¹⁵ A modo de ejemplo, E. SANJUAN, ENRIQUE, La prueba sobre la cuantificación del daño en supuestos de defensa de la competencia. (Derecho español) (24 de junio de 2018). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3201779> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3201779>; SANJUAN, ENRIQUE, La Prueba sobre la Cuantificación del Daño en Supuestos de Defensa de la Competencia. (Derecho español) (24 de junio de 2018). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3201779> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3201779>; Identificación del perjuicio indemnizable en acciones consecutivas (follow-on) en caso de cárteles: de la infracción (y sanción) a la compensación del daño. En “Determinación y cuantificación de daños y perjuicios en procesos de defensa de la competencia”. Cuadernos Digitales de Formación. Madrid: CGPJ, 2021. N° 12 - 2021.27 p.; F. MARCOS FERNÁNDEZ, “Primeras sentencias de las Audiencias provinciales sobre los daños causados por el cártel de fabricantes de camiones”, *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, N° 26, 2020. F. DIEZ ESTELLA, “Camiones, sobre de papel, azúcar y el seguro decenal: sobre los cárteles en España y las acciones resarcitorias de daños y perjuicios” / Fernando Díez Estella, *Anuario de la competencia*, Madrid. Thomson Reuters Civitas (2017), p. [215]-247 (pp. 19-28).

¹⁶ Tribunal de Distrito de Ámsterdam de 12 de mayo de 2021 (C/13/639718/HAZA17-1255 y otros; ECLI:NL:RBAMS:2021:2391)

¹⁷ T-342/99, *Airtours c. Comisión Europea* EU:T:2002:146.

probatorio excesivamente rígido que exija acreditar la cuantía concreta del daño puede suponer la desestimación de la demanda.

13. En este sentido, el Tribunal Supremo señala que es necesario que el informe pericial del reclamante “formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos”. Al mismo tiempo, establece que, si se ha determinado que la conducta ilícita ha generado un daño¹⁸, 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 del demandante sino que es necesario que justifique una cuantificación alternativa mejor fundada”. A falta de una cuantificación alternativa, el órgano jurisdiccional nacional no puede dar ningún valor al informe pericial del demandado.

14. Por último, el Tribunal Supremo prohíbe al juez de instancia recurrir a “soluciones salomónicas” ante las discrepancias de los informes periciales. En este sentido, el Tribunal Supremo advierte lo siguiente: “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”¹⁹.

15. En definitiva, el cálculo de los daños en el ámbito de la defensa de la competencia es una cuestión de vital importancia. Tanto es así, que las reglas tradicionales de la carga de la prueba y las normas probatorias mínimas deberían flexibilizarse en aras de una tutela judicial realmente efectiva. Una vez más, si se demuestra la existencia del daño, la compensación parece ser necesaria. No era necesaria ninguna transposición. Solo interpretar nuestras reglas tradicionales a la luz de los postulados político-normativos subyacentes a los daños antitrust.

III. Respuestas judiciales a la determinación del daño en el cártel de camiones

16. Según la información publicada, en junio de 2021, el 89% de las sentencias dictadas en segunda instancia habían considerado la existencia de un daño indemnizable y habían procedido a su cuantificación, aunque divergen en el sistema de cuantificación²⁰. Este porcentaje aumenta si consideramos sólo el período más reciente. Esto se debe a varias razones: una mayor calidad de los informes periciales económicos, la superación de problemas procesales (competencia internacional, legitimación, etc.), un cuerpo de sentencias cada vez más fundado que estima la existencia de un daño, etc. La existencia de un importante cuerpo de jueces especializados en materia mercantil y la multiplicidad de tribunales competentes²¹ ha propiciado un incesante y fructífero debate doctrinal y judicial sobre los efectos en el mercado del cártel de camiones. Por otro lado, no todas las sentencias se refieren a la inexistencia del

¹⁸ Existe una presunción tácita de que los cárteles causan un daño real, que se considera en las sentencias que están dictando los tribunales españoles como una “máxima de la experiencia”. Una presunción que hoy es una presunción legal *iuris tantum* tras la transposición al derecho español del artículo 17.2 de la Directiva 2014/104/CE contenida en el artículo 76.2 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia.

¹⁹ En el caso concreto, la solución del juez de primera instancia había sido conceder el 50% de la cantidad solicitada ante la discrepancia con respecto a la valoración antes mencionada. SJPI 50 Madrid de 1 de marzo de 2010 (ROJ: SJPI 56/2010 - ECLI:ES:JPI:2010:56).

²⁰ F. MARCOS FERNÁNDEZ, “Más de 1.200 sentencias de instancia y más de 250 sentencias de apelación”; [último acceso 9/9/21] disponible en <https://almacendederecho.org/estadisticas-sobre-acciones-de-danos-causados-por-el-cartel-de-fabricantes-de-camiones>.

²¹ No existe una atribución particular de competencia territorial, por lo que cualquier juzgado de lo mercantil de España (muchos de ellos cubiertos por magistrados especialistas) puede conocer de este tipo de demandas, dada la amplitud del foro que establece el artículo 7.2 Reglamento (UE) n° 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 (refundición).

daño. De hecho, la mayoría de ellas se refieren a cuestiones procesales, o bien consideran que el daño existe pero el caso decae a la hora de cuantificarlo²². Hasta ahora, sólo una sentencia en primera instancia no ha considerado que el cártel de camiones haya causado ningún daño en forma de aumento neto de los precios. De hecho, esta sentencia va más allá al afirmar que “está científicamente establecido que no hubo tal daño”²³. No hay que olvidar que tal conclusión es el resultado del examen de las pruebas periciales aportadas al procedimiento²⁴.

17. De las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales, la situación actual es la siguiente:

- a) La mayoría de ellos utilizan el sistema de estimación judicial. En cuanto al porcentaje del sobrecoste estimado, varía según las audiencias:
 - a. 5% Álava, Córdoba, Soria, Palencia, Valencia, Pontevedra, Zaragoza, Zamora, Barcelona, Jaén, Girona y Murcia.
 - b. 7% Coruña.²⁵
 - c. 8% Asturias.
 - d. 10% Alicante y Almería.
 - e. 15% Vizcaya.
- b) Aceptación íntegra de la cuantía reclamada, al considerar que el informe aportado por la actora reúne los requisitos establecidos por el Tribunal Supremo en la citada STS, Civil, de 7 de noviembre de 2013 (cártel del azúcar): Valladolid, Cáceres, Guipúzcoa, Álava.
- c) Estimación parcial de la cuantía propuesta por el demandante concediendo una indemnización de 2/3 de la cantidad solicitada debido a ciertas “debilidades” del informe pericial: Coruña.

IV. Breve análisis de las respuestas dadas por los Tribunales españoles: desde la aceptación del informe pericial del demandante hasta el recurso a la decisión judicial

1) estimación total de la suma reclamada

18. 4 Audiencias Provinciales²⁶ han estimado íntegramente la cuantía ofrecida al considerar que el informe aportado por la actora cumple los requisitos establecidos por el Tribunal Supremo en la citada STS, Civil de 7 de noviembre de 2013 (cártel del azúcar). Por un lado, las sentencias reconocen que el informe de la actora formula una hipótesis razonable y técnicamente fundada, basada en datos verifica-

²² Que yo sepa, las tres primeras son SJM 1 Murcia de 27 de septiembre de 2018 (ROJ: SJM MU 3255/2018 - ECLI:ES:JMU:2018:3255), SJM 1 Zaragoza de 13 de diciembre de 2018 (ROJ: SJM Z 4752/2018 - ECLI:ES:JMZ:2018:4752), SJM 2 Valencia de 18 de febrero de 2019 (ROJ: SJM V 674/2019 - ECLI:ES:JMV:2019:674).

²³ SJM 1 de Oviedo de 12 de abril de 2021 (ROJ: SJM O 3265/2021 - ECLI:ES:JMO:2021:3265). Posteriormente, este Tribunal dictó 4 sentencias el 19 de abril de 2021 con idéntico contenido. Estas sentencias fueron revocadas por la Audiencia Provincial de Oviedo mediante sentencia de 7 de octubre de 2021

²⁴ Pendiente de recurso.

²⁵ La Audiencia Provincial de Coruña ha dictado 2 sentencias el 4 de febrero de 2021 y el 22 de febrero de 2021. En la primera sentencia, acepta el cálculo de los daños de la demandante pero modera la cuantía en 1/3 dadas ciertas “debilidades” del informe pericial. En la segunda, admitiendo que el daño es mayor pero teniendo en cuenta la calidad del informe pericial del demandante y los hechos del caso, recurre a los medios de estimación judicial, fijando la indemnización en el 7% del precio neto. Ver SAP Coruña sección 4 de 8 de febrero de 2021 (ROJ: SAP C 21/2021 - ECLI:ES:APC:2021:21) y SAP Coruña sección 4 de 22 de febrero de 2021 (ROJ: SAP C 358/2021 - ECLI:ES:APC:2021:358).

²⁶ Valladolid , Cáceres, Guipúzcoa, Álava. Como muestra, SAP, Valladolid sección 3 de 06 de julio de 2021 (ROJ: SAP VA 957/2021 - ECLI:ES:APVA:2021:957), SAP Cáceres, sección 1 de 08 de julio de 2021 (ROJ: SAP CC 680/2021 - ECLI:ES:APCC:2021:680), SAP, Guipúzcoa sección 2 de 15 de enero de 2021 (ROJ: SAP SS 1/2021 - ECLI:ES:APSS:2021:1) SAP, Álava sección 1 de 19 de mayo de 2021 (ROJ: SAP VI 492/2021 - ECLI:ES:APVI:2021:492).

bles y no erróneos. Por otro lado, se alega que la demandada se ha limitado a cuestionar la exactitud y precisión de la cuantificación realizada sin realizar una cuantificación alternativa mejor fundada.

2) estimación parcial del importe propuesto por el solicitante con una reducción de 1/3.

19. La SAP Coruña sección 4ª de 8 de febrero de 2021 acepta la cuantificación realizada por la actora y reduce la cuantía en 1/3²⁷. Como punto de partida, hay que señalar que el Juzgado considera que el informe aportado por la actora cumple en general con los requisitos establecidos por el Tribunal Supremo (STS 7 de noviembre de 2013). No obstante, se considera que el informe pericial presenta ciertas debilidades e incertidumbres, por lo que procede moderar judicialmente la cuantía reclamada reduciéndola en 1/3. El informe de la actora había utilizado el método sincrónico de comparación considerando los precios brutos de lista y utilizando el mercado de camiones ligeros como mercado de referencia, así como un método diacrónico de verificación considerando los precios netos pagados durante la existencia del cártel y los pagados inmediatamente después de su finalización en 2011.

20. La sentencia señala las siguientes deficiencias principales (i) la no consideración adecuada de todos los factores que distinguen el mercado de camiones ligeros del mercado de camiones pesados y semipesados; (ii) la existencia de una relación indirecta, y no directa, entre los precios brutos y netos en cada momento de la duración del cártel, lo que significa que los aumentos de los precios brutos no pueden extrapolarse automáticamente a los precios netos²⁸; (iii) los datos insuficientes y menos fiables en los que se basa el método diacrónico utilizado como mecanismo de verificación. Por todas estas razones, se estima un sobreprecio del 12,98% para 2003, del 13,99% para 2004 y del 14,98% para 2005 (tras una reducción de 1/3)²⁹.

21. Este criterio no se mantiene posteriormente en la SAP Coruña sección 4 de 22 de febrero de 2021³⁰ en la que el tribunal opta por considerar la existencia de un recargo del 7% sobre el precio neto del camión adquirido. La Audiencia Provincial admite que el recargo real puede ser mayor debido a su sentencia anterior³¹. Sin embargo, señala el motivo por el que se aparta del recargo anterior fijado: los hechos del caso concreto y el nivel del informe pericial presentado, que difiere sustancialmente del que se tuvo en cuenta en la sentencia de 8 de febrero de 2021. En este caso, se eligió y adquirió un camión semipesado para servicios auxiliares de una pequeña empresa de carpintería. Este mercado concreto, aunque cartelizado, es en cierta medida sustituible por camiones ligeros que no están cartelizados. La Audiencia considera que en este segmento el recargo de los cárteles “el sobreprecio que es efecto del cártel no será tan significativo como en el de los camiones pesados o en el los semipesados concebidos para otra clase de servicios”. Así, la Audiencia Provincial reconoce que el sobreprecio es superior al 7% pero establece un porcentaje estimado “moderado” por la posible competencia en el segmento concreto del camión adquirido por la entidad demandante.

22. Se trata de decisiones que dependen en gran medida de cada caso.

²⁷ SAP Coruña sección 4 de 8 de febrero de 2021 (ROJ: SAP C 21/2021 - ECLI:ES:APC:2021:21)

²⁸ Esta es, en efecto, una de las cuestiones más interesantes del cártel de camiones y ha sido tratada en profundidad por la decisión del Tribunal de Distrito de Ámsterdam de 12 de mayo de 2021 (C/13/639718 / HAZA 17-1255 y otros; ECLI:NL:RBAMS:2021:2391) sobre la base del informe presentado por Harrington et. al. Este informe no ha sido publicado pero se basa en el estudio HARRINGTON Jr, JOSEPH E., *The Anticompetitiveness of Sharing Prices* (20 de septiembre de 2020). [último acceso 9/9/21] Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3621073> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3621073>

²⁹ Los precios calculados por el informe fueron: 2003 -19,48%; 2004- 20,99%; 2005- 22,47%.

³⁰ SAP Coruña sección 4 de 22 de febrero de 2021 (ROJ: SAP C 358/2021 - ECLI:ES:APC:2021:358).

³¹ Según el método sincrónico, el sobrecoste medio fue del 16,35% y según el método diacrónico, del 18,67%. Esto duplica ampliamente el perjuicio estimado judicialmente.

3) Estimación judicial de los daños

23. Los tribunales españoles han venido señalando con carácter general y salvo algunas excepciones que el remedio de estimación judicial no puede reconocerse con base al art. 17.2 Directiva 2014/104/UE. La Directiva entró en vigor el 25 de diciembre de 2014 y el plazo de transposición era el 27.12.2016. Dado que el efecto indirecto de la Directiva sólo se produciría “a partir de la expiración del plazo de adaptación”³² se entiende que el recurso de estimación judicial debe basarse en la legislación nacional previa, dado que los hechos se produjeron antes de la transposición de la Directiva ³³.

24. En cualquier caso, los tribunales españoles han considerado generalmente que la vía de la estimación judicial es posible sobre la base de la doctrina *ex re ipsa*, aceptada por el Tribunal Supremo en materias afines como la competencia desleal, que permite presumir el daño en el caso de que se considere consustancial al acto ilícito. No todas las sentencias se refieren abiertamente a este principio, pero en general se acepta como justificación suficiente ³⁴. En cualquier caso, se trata de garantizar la efectividad del Derecho comunitario evitando que una aplicación estricta de los moldes clásicos del Derecho civil nacional (art. 1902 CC) impida la reparación del daño. Un ejemplo de esfuerzo argumentativo importante lo encontramos en la SAP Valencia, sección 9 de 16 de diciembre de 2019 ³⁵.

25. En cuanto a la estimación en sí, los porcentajes varían entre el 5% y el 15%.

26. El origen de la estimación judicial del daño en un 5% del sobreprecio parece encontrarse en la SJM 3 Valencia de 20 de febrero de 2019³⁶. Este porcentaje se ha reproducido sistemáticamente en multitud de sentencias, observándose cierta “path dependence” ³⁷.

27. El Juzgado de lo Mercantil valenciano tomó como punto de referencia el sobreprecio medio encontrado en el informe³⁸ de Oxera , que estimaba que el 93% de los cárteles analizados en la muestra fijaban su sobreprecio al menos en un umbral entre el 0% y el 10%, con un margen de error estadístico del 5%. Se entiende que el 5% es una “medida de compromiso entre los umbrales de sobreprecio mínimos y máximos que intervienen como común denominador del 93% de los cárteles que aplican sobreprecios”.

28. Aunque la sentencia del Juzgado de lo Mercantil valenciano de primera instancia de 20 de febrero de 2019 fue revocada por la Audiencia Provincial en apelación, el criterio del 5% de sobreprecio fue confirmado posteriormente en otro caso. Sin embargo, la Audiencia Provincial recuerda que el Tribunal Supremo, en la sentencia de 7 de noviembre de 2013, había señalado que no debían utilizarse “soluciones salomónicas” ³⁹. Por ello, se utilizan otros criterios, como son: el nivel de sobreprecio reclamado ante los tribunales alemanes⁴⁰ , la naturaleza del cártel dado que el intercambio es de precios

³² Asunto C-212/04 Adeneler [2006] ECR I-6057 (ECLI:EU:C:2006:443). Par. 115

³³ Esta cuestión ha sido planteada al TJUE por la Audiencia Provincial de León. C-267/20 - Volvo y DAF Trucks. El 28/10/2021, el Abogado General Sr. Rantos presentó sus conclusiones sobre el caso.

³⁴ SAP , Pontevedra Civil sección 1 de 19 de noviembre de 2020 (ROJ: SAP PO 2134/2020 - ECLI:ES:APPO:2020:2134), SAP Valencia, sección 9 de 16 de diciembre de 2019 (ROJ: SAP V 4152/2019 - ECLI:ES:APV:2019:4152).

³⁵ SAP Valencia, sección 9 de 16 de diciembre de 2019 (ROJ: SAP V 4152/2019 - ECLI:ES:APV:2019:4152)

³⁶ SJM 3 Valencia de 20 de febrero de 2019 (ROJ: SJM V 34/2019 - ECLI:ES:JMV:2019:34)

³⁷ El profesor F. MARCOS FERNÁNDEZ, lo denomina “efecto de anclaje” en *Más de 1.200 sentencias de instancia y más de 250 sentencias de apelación* <https://almacenederecho.org/estadisticas-sobre-acciones-de-danos-causados-por-el-cartel-de-fabricantes-de-camiones>.

³⁸ Cuantificación de los daños y perjuicios en materia de defensa de la competencia. Hacia una orientación no vinculante para los tribunales. Estudio elaborado para la Comisión Europea. Informe Oxera 2009. http://ec.europa.eu/competition/anti-trust/actionsdamages/quantification_study.pdf

³⁹ SAP, Valencia sección 9 de 16 de diciembre de 2019 (ROJ: SAP V 4152/2019 - ECLI:ES:APV:2019:4152)

⁴⁰ En Alemania se reclama entre el 4,76% y el 9% del precio de compra del camión, y se concede entre el 7% y el 9%, aunque no se indica la fuente.

brutos y no netos, el carácter cíclico del mercado, la heterogeneidad del producto final y las políticas de descuento. Parece que la lista es meramente ilustrativa. El resultado final es que la cantidad fija del 5% es proporcional. Por lo tanto, no cambia nada más que el razonamiento.

29. A partir de aquí, otros tribunales se han limitado a aceptar esta cantidad como igualmente proporcionada⁴¹. Las razones las explica la Audiencia Provincial de Pontevedra⁴²: no se trata de prescindir de la prueba, sino de cuantificar el daño en casos de insuficiencia probatoria. Y para ello recurre a los criterios “contenidos en resoluciones públicas, conocidas por la comunidad jurídica”, lo que es un método de razonamiento judicial perfectamente válido. En definitiva, se opta por un criterio continuista en aras de la seguridad jurídica, evitando una gran disparidad de criterios decisorios.

30. Algunos tribunales han optado por porcentajes superiores⁴³. La Audiencia Provincial de Alicante reconoce que se aparta voluntariamente del criterio mayoritario y fija el 10%. La Audiencia tiene en cuenta los parámetros del estudio de Oxera (en una lectura menos conservadora que la de la línea mayoritaria), la duración de la infracción, la naturaleza de la misma y su incidencia en los precios⁴⁴.

31. Finalmente, la Audiencia Provincial de Vizcaya, confirmando el criterio del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao, considera razonable el 15%. Respecto de los criterios tenidos en consideración se dice que se tienen que tener en consideración las circunstancias de la infracción y la duración en el tiempo⁴⁵.

32. El Juzgado de lo mercantil había considerado nuevamente el informe Oxera y la Guía práctica de la Comisión Europea⁴⁶. Sin embargo, escapa de una posición excesivamente conservadora al situar el cártel en el segmento inferior. Se tienen en cuenta la media del sobrecoste considerado en aquellas resoluciones, que alcanza el 20%. Considera en este sentido, que, si bien el 90% de los carteles causan entre un 0 y un 10% de sobrecoste, la mayoría (el 35%) aplican un sobrecoste de entre el 10% y el 20%.

33. La sentencia de la Audiencia Provincial cuenta con un voto particular discrepante en el que se considera que el Tribunal debería haber valorado el sobreprecio en un 5% en línea con las Audiencias Provinciales de Valencia y Pontevedra.

V. La estimación judicial como sistema de daño mínimo

34. Para nuestro análisis, partiremos de algunas sentencias ya mencionadas: La SAP Coruña sección 4 de 8 de febrero de 2021⁴⁷ y la SAP Coruña sección 4 de 22 de febrero de 2021⁴⁸; la SAP Pontevedra, Civil sección 1 del 19 de noviembre de 2020⁴⁹; la SAP Pontevedra, Sección Civil 1 de 06 de julio de 2021⁵⁰; la SJM 3 Valencia de 20 de febrero de 2019⁵¹; y la SAP, Valencia sección 9 de 16 de diciembre de 2019⁵².

⁴¹ Álava, Córdoba, Soria, Palencia, Pontevedra, Zaragoza, Zamora, Barcelona, Jaén, Girona y Murcia.

⁴² SAP, Pontevedra Sección Civil 1 de 19 de noviembre de 2020 (ROJ: SAP PO 2134/2020 - ECLI:ES:APPO:2020:2134)

⁴³ SAP, Sección Civil 1 de 06 de julio de 2021 (ROJ: SAP O 2013/2021 - ECLI:ES:APO:2021:2013)

⁴⁴ SAP, Sección Civil 8 de 15 de octubre de 2020 (ROJ: SAP A 3024/2020 - ECLI:ES:APA:2020:3024)

⁴⁵ SAP, Sección Civil 4 de 04 de junio de 2020 (ROJ: SAP BI 265/2020 - ECLI:ES:APBI:2020:265)

⁴⁶ OXERA. *Cuantificación de los daños y perjuicios en materia de defensa de la competencia Hacia una orientación no vinculante para los tribunales Estudio preparado para la Comisión Europea* [Último acceso 9/9/21] disponible en http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_en.html

⁴⁷ La SAP Coruña sección 4 de 8 de febrero de 2021 (ROJ: SAP C 21/2021 - ECLI:ES:APC:2021:21)

⁴⁸ la SAP Coruña sección 4 de 22 de febrero de 2021 (ROJ: SAP C 358/2021 - ECLI:ES:APC:2021:358),

⁴⁹ SAP Pontevedra, Civil sección 1 del 19 de noviembre de 2020 (ROJ: SAP PO 2084/2020 - ECLI:ES:APPO:2020:2084)

⁵⁰ la SAP Pontevedra, Sección Civil 1 de 06 de julio de 2021 (ROJ: SAP O 2013/2021 - ECLI:ES:APO:2021:2013)

⁵¹ SJM 3 Valencia de 20 de febrero de 2019 (ROJ: SJM V 34/2019 - ECLI:ES:JMV:2019:34)

⁵² la SAP, Valencia sección 9 de 16 de diciembre de 2019 (ROJ: SAP V 4152/2019 - ECLI:ES:APV:2019:4152).

35. En la SAP Coruña sección 4 de 22 de febrero de 2021, la Audiencia Provincial estimaba la existencia de un daño pero lo fijaba en el 7% frente a la sentencia anterior de 8 de febrero de 2021 en la que había llegado a estimar la existencia de un daño que alcanzaba el 12,98% para 2003, del 13,99% para 2004 y del 14,98% para 2005. En el caso concreto de la sentencia de 22 de febrero de 2021, la actora había adquirido el vehículo mediante un leasing financiero en 2004 ejerciendo la opción de compra en el año 2006.

36. Cabe, sin embargo, analizar el razonamiento de la Audiencia Provincial. En primer lugar, citando la SAP Pontevedra, Civil sección 1 del 19 de noviembre de 2020⁵³, establece los motivos para recurrir a la “estimación judicial”. No procederá en los siguientes casos: i) en caso de falta absoluta de pruebas; ii) en caso de omisión flagrante de las reglas de distribución de la carga de la prueba. Señala en este caso, que, la posición del demandante también debe ser considerada, sobre la base de “las exigencias del principio de efectividad y el esfuerzo probatorio que una pequeña empresa perjudicada ha podido razonablemente desplegar”. La demandante, considera el Tribunal, se encuentra en una clara posición de asimetría de información frente a los cartelistas.

37. Parece que el Tribunal reconoce que, efectivamente, hay una falta de pruebas: el informe pericial aportado por la demandante se limitó a describir detalladamente las metodologías propuestas por la Guía práctica de la CE sobre el cálculo de los daños, sin utilizar ninguna de ellas. Simplemente se basó en la estadística sobre el recargo de los cárteles.

38. La sentencia contiene algunas pistas de por qué se concedió la indemnización, aunque no se aplicó ningún método de cuantificación. No debemos olvidar que el demandante era una pequeña empresa con recursos limitados para litigar contra un cartelista. Tampoco debemos obviar la fuerza persuasiva del principio de efectividad comunitaria, reiterado en varias ocasiones por el Tribunal. Las circunstancias específicas de la demandante (una pequeña empresa de carpintería) exigen que el estándar de prueba sea considerado a través del prisma del principio de efectividad y, en tales circunstancias, el Tribunal tiene que proceder a calcular los daños a través de la estimación.

39. El problema, sin embargo, radica en el empleo que se hace por parte del tribunal del mecanismo de estimación judicial. Porque, en principio, el mecanismo de estimación judicial debe conllevar la estimación del perjuicio pleno o, lo que es lo mismo, la estimación del perjuicio total. Ello no pasa desapercibido para el Tribunal que tiene que justificar la razón por la que en el caso concreto va a estimar el perjuicio sufrido en un sobreprecio del 7% cuando en una sentencia dictada menos de 20 días antes, considera acreditado que el perjuicio era del 12,98% para 2003, del 13,99% para 2004 y del 14,98% para 2005. En este sentido, considerando el año 2004, el tribunal rebajaba el sobreprecio en un 50%.

40. El propio Tribunal comienza admitiendo que “es probable que el sobreprecio real sea superior, porque de hecho en mayor porcentaje lo hemos fijado en otro litigio sobre la base de una prueba pericial ajustada a métodos comparativos que consideramos aceptable y convincente”. Esto es, que en el anterior pleito, el demandante había alcanzando el estándar probatorio exigible y, por ello, se había estimado el precio propuesto, si bien es cierto que reducido en 1/3 dadas las debilidades que se apreciaban. Sin embargo, inmediatamente a continuación, el propio Tribunal plantea que no cabe descartar que el precio no pueda ser, en el caso concreto, inferior. El camión objeto de controversia era un camión semipesado, adquirido para servicios auxiliares de una pequeña empresa de carpintería metálica, contexto y utilidad en los que es concebible un mayor grado de intercambiabilidad con camiones ligeros no cartelizados y es, por lo tanto, razonable deducir que en este subsegmento el sobreprecio que es efecto del cártel no será tan significativo como en el de los camiones pesados o en el los semipesados concebidos para otra clase de servicios. En definitiva, se tenía en cuenta que el mercado concreto, a pesar de estar

⁵³ la SAP Pontevedra, Civil sección 1 del 19 de noviembre de 2020 (ROJ: SAP PO 2084/2020 - ECLI:ES:APPO:2020:2084).

cartelizado, no presentaba diferencias respecto del mercado valorado en el caso anterior, de ahí que el nivel de sobreprecio podría oscilar.

41. Con todo, es claro que la Audiencia Provincial enfrenta numerosas dificultades para estimar el daño. En primer lugar, decide que procede acudir a la estimación judicial, cuando el demandante lo que ha aportado es un informe pericial que se limitaba a realizar una estadística sobre el recargo de los cárteles, describiendo las metodologías propuestas por la Guía práctica de la CE sobre el cálculo de los daños, pero sin utilizar ninguna. No se considera por el tribunal que estemos ante un supuesto de “absoluta” insuficiencia probatoria, sino de insuficiencia probatoria “relativa” al haberse aportado, al menos, un informe pericial. Por otra parte, es una insuficiencia probatoria que atiende al caso concreto. A las asimetrías que existen en cuanto a la demandante que era una “pequeña empresa perjudicada”. No obstante, tal cuestión resulta discutible. Máxime cuando el cártel de camiones, dada la experiencia acumulada que tenemos en España, ha afectado principalmente a PYMEs y autónomos. Es decir, que, a priori, todas ellas se encuentran en la misma posición de partida contra los cartelistas. La diferencia se encuentra en los recursos empleados para interponer las demandas concretas, cuestión que es difícilmente valorable por los juzgados.

42. Por tanto, es difícil explicar tanto en qué casos procede la estimación judicial dado que en el presente, a la vista del nivel de *expertise* del informe pericial de la actora, parece que podría hablarse de un supuesto de manifiesta insuficiencia probatoria. Por otro lado, es igualmente difícil entender la razón por la que el sobreprecio se establece en el 7%, lo que supone una rebaja del 50% respecto del sobreprecio calculado en un pleito anterior para el mismo año.

43. Conjurando tales dificultades parece que la Audiencia Provincial asume una posición pro-compensatoria clara. Para la Audiencia Provincial no existen dudas de que el cartel ha causado daños. Por tanto, el hecho de que exista una insuficiencia probatoria por la parte actora no debe conllevar la desestimación de la demanda sino que debe facultar a la estimación judicial. Ahora bien, acude finalmente a una solución de compromiso a modo de daño mínimo del cártel. Ante el hecho de que el cartel ha causado un daño, de que en un pleito anterior la propia audiencia ha fijado el daño en el 13,99%, y que el demandante no ha desplegado una actividad probatoria suficiente, decide reconocerlo en un 7%.

44. La SJM 3 Valencia de 20 de febrero de 2019⁵⁴, se enfrenta igualmente a la insuficiencia probatoria de un informe que no había calculado el daño conforme a ninguna de las metodologías propuestas por la Guía práctica de la CE sobre el cálculo de los daños.

45. La fijación del daño discurre por un camino distinto al de la Audiencia Provincial de A Coruña. El Juzgado de lo Mercantil valenciano tomó como punto de referencia el sobreprecio medio encontrado en el informe de Oxera⁵⁵, que estimaba que el 93% de los cárteles analizados en la muestra fijaban su sobreprecio al menos en un umbral entre el 0% y el 10%⁵⁶. Se entiende que el 5% es una “medida de compromiso entre los umbrales de sobreprecio mínimos y máximos que intervienen como común denominador del 93% de los cárteles que aplican sobreprecios”.

46. Si acudimos al informe Oxera⁵⁷, observamos que partiendo de los estudios realizados (principalmente Connor y Lande) se admite que el 93% presenta un sobreprecio superior a 0, lo que quiere

⁵⁴ SJM 3 Valencia de 20 de febrero de 2019 (ROJ: SJM V 34/2019 - ECLI:ES:JMV:2019:34). Ya citada anteriormente, recordemos que la sentencia del Juzgado de lo Mercantil valenciano de primera instancia de 20 de febrero de 2019 fue revocada por la Audiencia Provincial en apelación, pero el criterio del 5% de sobreprecio fue confirmado posteriormente en otro caso

⁵⁵ Cuantificación de los daños y perjuicios en materia de defensa de la competencia. Hacia una orientación no vinculante para los tribunales. Estudio elaborado para la Comisión Europea. Informe Oxera 2009. http://ec.europa.eu/competition/anti-trust/actionsdamages/quantification_study.pdf

⁵⁶ El margen de error estadístico es del 5%.

⁵⁷ Ibid. Pág. 109.

decir que las evidencias existentes permiten afirmar que la gran mayoría de los cárteles causan daño. De ahí, entre otras, que la Directiva optase por una presunción de daño en los casos de cártel pues la posibilidad de obtener un falso positivo es reducida.

47. La fijación del 5% puede resultar controvertida. El estudio Oxera segmenta el sobreprecio de los cárteles en tramos de un 10%. En este sentido, el 93% de los cárteles que causan daño cubren al menos el primer nivel o segmento de sobreprecio. Sin embargo, también es cierto que la mayoría de los cárteles causan un sobreprecio superior al 10%. De hecho, Oxera calcula una mediana del 18% de sobrecoste y un sobrecoste medio del 20% muy similar por tanto al 18% y el 23% considerado respectivamente por Connor y Lande. Al mismo tiempo se advierte de variables tales como el carácter internacional o nacional de los cárteles (el sobrecoste medio sería mayor en los internacionales que en los nacionales -del 36% al 16%-), la región afectada (los cárteles europeos habían presentado un sobreprecio mayor al resto de cárteles) y tipo de cártel.

48. Por tanto, si partimos del hecho de que estamos ante un cártel internacional y europeo de fijación de los precios brutos de lista, parece que, estadísticamente, y sin realizar mayores consideraciones (lo que no excluimos que sea necesario), podría defenderse que el sobreprecio puede ser mayor al 5%.

49. Ahora bien, la SJM 3 Valencia de 20 de febrero de 2019, era absolutamente honesta. Señalaba que el cálculo se realizaba de forma conservadora. Y es cierto que, al menos estadísticamente, puede afirmarse que la mayoría de los cárteles, causan al menos un sobreprecio del 5%. Para el juzgado, ello resultaba en una “medida de compromiso entre los umbrales de sobreprecio mínimos y máximos que intervienen como común denominador del 93% de los cárteles que aplican sobreprecios”.

50. En definitiva, aunque mediante dos expedientes diferentes, la Audiencia Provincial de A Coruña y el Juzgado de lo Mercantil 3 de Valencia, parece que alcanzaban una solución de compromiso, ante la evidencia de que el cártel ha causado un sobreprecio pero el demandante no había alcanzado los mínimos probatorios exigibles para acreditar el daño sufrido.

51. Aunque la sentencia del Juzgado de lo Mercantil valenciano de primera instancia de 20 de febrero de 2019 fue revocada por la Audiencia Provincial en apelación, el criterio del 5% de sobreprecio fue confirmado posteriormente en otro caso.

52. En la SAP, Valencia sección 9 de 16 de diciembre de 2019⁵⁸, la Audiencia Provincial conoce del recurso contra la SJM, Mercantil 1 de 23 de abril de 2019⁵⁹ que había asumido íntegramente la estimación judicial del daño realizado por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Valencia antes comentada. La Audiencia Provincial, sin embargo, discrepa de la metodología. En primer lugar, advierte que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha advertido “que no es posible equipar la cuantificación judicial con la equivalente que resultaría de una prueba pericial correctamente planteada”. Mas allá de que nos encontramos ante una materia afectada por el Derecho de la Unión, cabría preguntarse si es admisible la traslación sin más de dicha doctrina a la valoración del daño en los supuestos antitrust. De hecho, de la Directiva y del tenor de la Ley de Defensa de la Competencia no parece que pueda llegarse a tal conclusión. En segundo lugar, acude al sobreprecio medio que se ha reclamado ante los tribunales alemanes, considerando que se han venido concediendo cantidades entre el 7% y el 9%. Sin embargo, señala que, en la medida en que “no procede la equiparación” (siguiendo la doctrina jurisprudencial antes expuesta), “la consecuencia es la fijación de una cantidad inferior a las máximas identificadas en esos procesos”. Por tanto, partiendo de que el daño apreciado por los tribunales alemanes es de entre el 7% y el 9%, y toda vez que no se puede equiparar el daño estimado judicialmente al que se podría haber logrado mediante una pericial correctamente planteada, debe concederse una cantidad inferior.

⁵⁸ SAP, Valencia sección 9 de 16 de diciembre de 2019 (ROJ: SAP V 4152/2019 - ECLI:ES:APV:2019:4152),

⁵⁹ SJM, Mercantil 1 de 23 de abril de 2019 (ROJ: SJM V 549/2019 - ECLI:ES:JMV:2019:549)

Dicha cantidad inferior se fija en el 5%. A continuación, para evitar caer en soluciones salomónicas, se establecen 4 criterios que han sido considerados por el tribunal para considerar que el porcentaje del 5% es correcto.

53. Es evidente que el razonamiento plantea numerosos interrogantes. Por ejemplo, cabe preguntarse por qué se acude al sobreprecio medio solicitado ante los Tribunales alemanes y se descarta el concedido por los españoles, significativamente superior. La cuestión no es baladí y plantea problemas importantes de prueba, en los que no ahondaremos, pero en definitiva, se está dando por válido el porcentaje solicitado ante los tribunales de otro Estado miembro, cuando ni siquiera en sede de declaración de infracción, la sentencia misma del tribunal tendrían efecto vinculante⁶⁰.

54. A continuación, se señalan toda una serie de elementos que se han tenido en cuenta para evitar que la fijación del 5% pueda considerarse salomónica. No obstante no se explicita la ponderación del efecto que, en el cálculo del daño, cada uno de ellos representa. Se habla así, sin mayores aditamentos, de que se han tenido en cuenta criterios como la naturaleza del cártel (el intercambio es de precios brutos y no netos), el carácter cíclico del mercado, la heterogeneidad del producto final y las políticas de descuento. Nada dice sobre otros factores que podrían haber igualmente entrado en liza como: la duración del cártel (14 años), el año de compra del camión en concreto en relación con la duración del cártel, el ámbito nacional o internacional del cártel, el carácter oligopolístico del cártel de los camiones, etc.

55. Sin embargo, el resultado final es que la cantidad fija del 5% es proporcionada al caso concreto.

56. Es cierto que el mismo resultado puede obtenerse por diferentes caminos argumentativos. Como debate dialéctico dialógico que el Derecho es, la técnica de la argumentación permite que el mismo resultado pueda obtenerse con distintas ponderaciones. La propia Audiencia Provincial advertía la falla mayor que encontraba en el razonamiento de los tribunales de instancia: huérfano de justificación, el 5% era una decisión salomónica. O, al menos, así lo creía la Audiencia Provincial de Valencia.

57. La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia ofrece matices importantes que debemos tener en cuenta. Así, mientras que al fijar criterios de valoración que han sido tenidos en cuenta parece que la Audiencia Provincial se sitúa en un esquema de “restitución íntegra” del daño, no es así. La Audiencia Provincial no pretende reparar íntegramente el daño sufrido por la víctima. En efecto, tal posición es rechazada de partida al asumir, conforme a cierta jurisprudencia, que el daño estimado judicialmente nunca puede ser el daño que se hubiera obtenido mediante una ordenada pericial. Esto es, ante un supuesto de insuficiencia probatoria, el daño concedido no puede ser el mismo que aquel que se hubiera podido acreditar si se hubieran alcanzado los mínimos estándares probatorios. Ello supone que el tribunal sabe que el daño puede ser mayor. En definitiva, se encontraba la Audiencia Provincial de Valencia en la misma posición que la Audiencia Provincial de Coruña en la sentencia de 22 de febrero de 2021. Y es por ello, por lo que fija el daño en lo que parece que la Audiencia considera el mínimo posible, el 5%.

58. A partir de ahí, como explicábamos con anterioridad, puede observarse cierta *path dependence* respecto del criterio del 5% puesto que otros tribunales se han limitado a aceptar esta cantidad como igualmente proporcionada⁶¹. Las razones las explicaba la Audiencia Provincial de Pontevedra en su sentencia de 19 de noviembre de 2020⁶²: no se trata de prescindir de la prueba, sino de cuantificar el

⁶⁰ En efecto, el artículo 75.2 LDC establece que “en aquellos casos en los que, debido al ejercicio de las acciones de daños por infracción de las normas de la competencia se reclamen daños y perjuicios, se presumirá, salvo prueba en contrario, la existencia de una infracción del Derecho de la competencia cuando haya sido declarada en una resolución firme de [un] órgano jurisdiccional de cualquier otro Estado miembro, y sin perjuicio de que pueda alegar y probar hechos nuevos de los que no tuvo conocimiento en el procedimiento originario”.

⁶¹ Álava, Córdoba, Soria, Palencia, Pontevedra, Zaragoza, Zamora, Barcelona, Jaén, Girona y Murcia.

⁶² SAP, Pontevedra Sección Civil 1 de 19 de noviembre de 2020 (ROJ: SAP PO 2134/2020 - ECLI:ES:APPO:2020:2134)

daño en casos de insuficiencia probatoria. Y para ello recurre a los criterios “contenidos en resoluciones públicas, conocidas por la comunidad jurídica”. No obstante lo anterior, dado que los informes periciales aportados a los diferentes procedimientos no son los mismos ni la metodología empleada idéntica, llama la atención que el cálculo del daño coincida: el 5%.

59. La razón la explica, nuevamente, la AP de Pontevedra: “el criterio de la estimación judicial del daño opera ante la insuficiencia de atender con la intensidad suficiente la carga probatoria por parte de quien reclama la indemnización, lo que justifica de nuevo que nos situemos en el mínimo de la horquilla aludida”.

60. Por tanto, en estos casos el estimación judicial reconoce un mecanismo indemnizatorio de “daño mínimo”. Dicho mecanismo se activaría en los supuestos de insuficiencia probatoria, pero no de ausencia absoluta de pruebas. En definitiva, en aquellos supuestos en los que el demandante no ha presentado un informe pericial que aporte una hipótesis fundada y razonable en palabras del Tribunal Supremo en su STS, Sala 1ª, de 7 de noviembre de 2013.

61. Por tanto, la línea abierta por algunas Audiencias Provinciales, sigue el esquema de la estimación judicial como daño mínimo en los casos en los que el demandante no ha alcanzado un mínimo estándar probatorio.

VI. Dos diferentes aproximaciones al daño: el daño mínimo vs el daño íntegro

62. Parece que es legítimo preguntarse cuándo procede acudir al mecanismo de estimación judicial del daño. En este sentido, caben, parece, dos opciones. La distinción no es baladí:

1) considerar que el sistema de estimación judicial del daño se activa en aquellos casos en los que la parte actora no ha podido fijar el daño dada la existencia de una insuficiencia probatoria, pero queda acreditado que el cártel ha causado algún tipo de daño.

63. Esta parece ser la línea seguida por Audiencias como A Coruña, Valencia y Pontevedra. Línea que lleva a una estimación judicial del “mínimo daño posible”.

2) considerar que el sistema de estimación judicial del daño se activa en aquellos casos en los que, a pesar del esfuerzo probatorio de la parte actora, el juez considere que es prácticamente imposible o excesivamente difícil la cuantificación del daño en el caso del cártel concreto.

64. En este caso, el recurso a la estimación judicial se producirá solo en aquellos casos en los que, de la práctica de la prueba, haya quedado acreditado la práctica imposibilidad o excesiva dificultad de cuantificar el daño. No se trata simplemente de que nos encontremos ante un cártel. Como se reconoce abiertamente por la Guía de la Comisión, determinar con precisión el daño es imposible dado que debemos recrear una “situación hipotética contrafáctica” lo que, por definición, supone que no podemos recrear con exactitud que hubiera pasado en ausencia de cartel. Esta línea parece quedar apuntada, por ejemplo, por la SAP Alicante, Sección 8ª, a 15 de octubre de 2020⁶³.

65. El punto de partida es conocido: “más allá de una media lo propio en derecho de daños es la individualización del perjuicio en el caso concreto”. Ahora bien, “a la vista de las dificultades de soslayar la falta de información certera”, el Tribunal entiende justificado recurrir a la estimación judicial del daño, “cuando la falta de prueba es tan evidente”. Atendiendo al caso concreto, la Audiencia señala que “tanto la parte actora como la demandada han hecho sin duda un esfuerzo notorio en presentar un infor-

⁶³ SAP Alicante, Sección 8ª, a 15 de octubre de 2020 - ECLI:ES:APA:2020:3024; ROJ: SAP A 3024/2020

me pericial complejo que en origen ya resultaba probablemente incapaz de aportar unas conclusiones que fueran aceptables”.

66. Y de forma relevante, la conclusión no es ya el 5%, ni el 7%, sino un 10%, porcentaje ciertamente significativo.

67. Tras recordar que los diferentes estudios manejados por Oxera señalan un sobreprecio medio del 20%⁶⁴, el tribunal intenta valorar estimativamente el daño del caso concreto. Y así señala que el 10% es proporcionado “atendidos los parámetros del estudio Oxera, la duración de la infracción -catorce años-, la naturaleza de la infracción y su incidencia sobre los precios como resulta de la descripción de la evolución de esa subida de precios en relación al cártel [...] y, finalmente, así como que la adquisición se hace en un momento en el que está ya plenamente consolidado el cártel”.

68. La argumentación ha cambiado. No se trata ya de estimar el daño mínimo, sino el daño real causado por cártel. Se trata de acercarse aproximativamente al sobreprecio real. Nótese que el presupuesto del análisis de la sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia sigue incólume. Si la AP de Valencia advertía “que no es posible equipar la cuantificación judicial con la equivalente que resultaría de una prueba pericial correctamente planteada”, en el presente caso no es posible equiparación alguna puesto que ni siquiera una prueba pericial correctamente planteada hubiera podido determinar el daño causado con cierta precisión. La situación hipotética contrafáctica es de muy difícil reproducción, por lo que solo cabe (acreditada la existencia de un cártel, presumido que el cártel ha causado un daño y que existe una relación de causalidad entre la conducta y el daño), proceder a una aproximación estimativa del daño.

69. La pregunta quizás, sería, por qué en este caso se aprecia el 10% y no un 20% en línea con la media de Oxera. La razón parece encontrarse en la naturaleza del cártel (pacto sobre los precios brutos de lista predeterminados y el incremento de precios netos). La propia Audiencia Provincial parece convalidar en cierto punto el informe de la parte demandada, rechazando la posición maximalista de la sentencia de instancia⁶⁵. La naturaleza de la infracción se identifica como uno de los elementos a tener en cuenta inmediatamente tras los parámetros del informe Oxera y la duración del cártel.

VII. La estimación judicial del daño: hacia una respuesta integrada

70. El considerando 46 de la Directiva 104/2014/UE llamaba la atención sobre las asimetrías de información y al “hecho de que cuantificar el perjuicio requiere evaluar cómo habría evolucionado el mercado en cuestión de no haber sido por la infracción”. La comparación con la “situación hipotética contrafáctica” supone que la evaluación nunca va a ser precisa. Por lo tanto, señalaba la Directiva “debe garantizarse que los órganos jurisdiccionales nacionales estén facultados para hacer una estimación del importe del perjuicio ocasionado por la infracción del Derecho de la competencia”. Por su parte, el artículo 17 de la Directiva señalaba que “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”. En los mismos términos se pronuncia el artículo 76.2 LDC.

⁶⁴ El informe Oxera ya ha sido objeto de mención más pormenorizada, ut supra IV.

⁶⁵ “tanto la parte actora como la demandada han hecho sin duda un esfuerzo notorio en presentar un informe pericial complejo que en origen ya resultaba probablemente incapaz de aportar unas conclusiones que fueran aceptables, no pudiendo aceptarse el reproche que la Sentencia hace al informe de los demandados sobre la falta de valoración cuando en realidad, sí lo hace aunque para llegar a la conclusión de que no hay daño, en esencia, por desconexión entre el precio bruto y el precio final al anteponerse entre ambos un mercado en el que descuentos y márgenes son lo suficientemente amplios y variables por mercados regionales como para desvirtuar tal conexión”. SAP Alicante, Sección 8ª, a 15 de octubre de 2020 - ECLI:ES:APA:2020:3024; ROJ: SAP A 3024/2020.

71. Como señalábamos con anterioridad, los tribunales españoles han venido señalando con carácter general, y salvo algunas excepciones, que el remedio de estimación judicial no puede reconstruirse con base al art. 17.2 Directiva 2014/104/UE. La Directiva entró en vigor el 25 de diciembre de 2014 y el plazo de transposición era el 27.12.2016. Dado que el efecto indirecto de la Directiva sólo se produciría “a partir de la expiración del plazo de adaptación”⁶⁶ se entiende que el recurso de estimación judicial debe basarse en la legislación nacional previa, dado que los hechos se produjeron antes de la transposición de la Directiva⁶⁷. No obstante lo anterior, el recurso a la estimación judicial no parece ser objeto de discusión en la aplicación del 1902 CC en supuestos dificultosos de cálculo del daño. Más aún si el artículo 1902 CC se lee a partir del principio de efectividad del Derecho comunitario⁶⁸.

72. En cuanto a la referencia a las “pruebas disponibles”, no es necesariamente prueba practicada en el juicio. No tiene por qué vincularse necesariamente a la diligencia probatoria en el caso concreto. No se tiene por qué relacionar con un supuesto de insuficiencia probatoria del actor. También puede identificarse con el supuesto en el que, a pesar de haber realizado un gran desarrollo probatorio, el mismo, sin embargo, ha sido infructuoso, precisamente porque las pruebas disponibles, en abstracto, no permitirían acreditar el daño. En definitiva, el artículo 17 es un mandato al Estado-Juez para que, a pesar de que no sea posible la identificación del daño concreto, deba proceder a indemnizar⁶⁹. Y ello por cuanto el principio de efectividad no puede excluir la indemnización del daño por el hecho de que la cuantía exacta de este no haya sido constatada⁷⁰.

73. Ahora bien, cabe preguntarse si no cumplir con los estándares de prueba excluye igualmente el derecho a indemnización en aquellos casos en los que puede razonablemente pensarse que el cártel ha causado un daño y tal presunción no ha quedado desvirtuada. En este punto, considero necesario realizar una advertencia. La estimación judicial del daño no supone la invención del mismo. No se trata de que los órganos jurisdiccionales deban apreciar un daño siempre y en todo caso. La naturaleza de la infracción será determinante. La estimación judicial enfrenta al Estado-Juez con la extraordinaria dificultad de calcular un daño incalculable, en aquellos casos en los que la prueba practicada lleva a la conclusión de que el daño existe pero no ha podido ser acreditado. De ahí que la presunción de daño por cártel sea siempre una presunción *iuris tantum* y no *iuris et de iure* (17.2 Directiva y 76.3 LDC).

74. Para responder a tal cuestionamiento debemos recordar un aspecto fundamental: la cuantificación del perjuicio es competencia nacional.

75. Como señalaba la Comunicación de la Comisión sobre cuantificación del perjuicio de 2013: “el Derecho nacional determina además en qué medida y de qué manera están habilitados los órganos jurisdiccionales para cuantificar el perjuicio sufrido sobre la base de las estimaciones más aproximadas o recurrir a consideraciones de equidad. Todas estas normas y procedimientos nacionales que regulan la cuantificación del perjuicio deben establecerse y aplicarse en casos individuales de manera que permitan a las partes perjudicadas por infracciones a las normas de competencia de la UE obtener el pleno resarcimiento del daño sufrido sin dificultades desproporcionadas”⁷¹.

⁶⁶ Asunto C-212/04 Adeneler [2006] ECR I-6057 (ECLI:EU:C:2006:443). Par. 115

⁶⁷ Esta cuestión ha sido planteada al TJUE por la Audiencia Provincial de León. C-267/20 - Volvo y DAF Trucks. El 28/10/2021, el Abogado General Sr. Rantos presentó sus conclusiones sobre el caso.

⁶⁸ Es en definitiva lo que advierte el AG Rantos. *Ibid.*

⁶⁹ Sobre las obligaciones del Estado en la transposición de la Directiva de Daños, y la dualidad “Estado legislador” y “Estado juez” puede verse J.I. RUIZ PERIS, “Arbitrio judicial y cálculo del daño indemnizable en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia” en Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia, (Dir. J.I. Ruiz Peris), Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

⁷⁰ STJUE Asunto T-437/10 GAP [2013] de 10 de mayo.

⁷¹ Ap. 2.2. pár. 8. COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las acciones por daños y perjuicios basadas en la infracción de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. 2013/C 167/07 [último acceso 9/9/21] disponible en línea en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52013XC0613\(04\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52013XC0613(04)&from=EN).

76. De la misma forma, el considerando 46 de la Directiva 2014/104/UE señala que “al no existir normas de la Unión sobre la cuantificación del perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia, corresponde al ordenamiento jurídico nacional de cada Estado miembro determinar sus propias normas sobre la cuantificación del perjuicio y a los Estados miembros y a los órganos jurisdiccionales nacionales determinar los requisitos que el demandante ha de cumplir a la hora de acreditar la cuantía del perjuicio sufrido, los métodos que pueden utilizarse para cuantificar el importe y las consecuencias de no poder respetar plenamente esos requisitos”⁷².

77. Y es en este punto donde parece que ambas posiciones pueden convivir plenamente puesto que la facultad de estimación judicial estaría operando en dos planos diferenciados.

78. Por un lado, aquellos supuestos en los que no se ha alcanzado el mínimo exigido para considerar superado el estándar probatorio pero, aun así, ha quedado acreditado que la infracción ha causado un daño. En este caso, el expediente de la estimación judicial deberá ir determinada a considerar cual es el daño mínimo causado por el cartel.

79. Por otro lado, aquellos casos en los que, a pesar de haberse cumplido con el estándar de prueba, no puede acreditarse el daño. Aquí, el expediente judicial de estimación del daño debe llevar a la determinación del daño real. La reparación íntegra debe considerar el daño pleno, esto es, se trata de una operación ponderativa donde el juez a la luz de todas las circunstancias de la infracción deberá determinar el porcentaje de sobreprecio real que el cartel haya podido causar.

80. Que un mismo expediente opere en planos diferentes tiene importantes consecuencias. Las dejamos simplemente apuntadas.

81. Comenzando por la sustantiva, ello supone que una misma infracción puede dar lugar a distintas respuestas judiciales y, por tanto, que no todos los perjudicados reciban la misma compensación. Deberá distinguirse entre: a) aquel que ha realizado un esfuerzo probatorio intenso, articulando una ordenada pericial, pero sin conseguir acreditar el daño por ser este de prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificación; b) aquel que no ha realizado dicho esfuerzo probatorio y, aun así, debe ser indemnizado al haber quedado acreditada la existencia de un daño.

82. Desde el punto de vista procesal, ha de tenerse en consideración a la parte que, a pesar de realizar un esfuerzo probatorio adecuado, se encuentra con la imposibilidad real de acreditar el daño, de aquel que ni siquiera ha llevado a cabo tal esfuerzo probatorio, que no ha alcanzado el estándar mínimo exigible.

83. Ello supone, por ejemplo, que en ambos casos la demanda será estimada. Sin embargo, en el primer caso parece que la estimación habrá de ser sustancial puesto que el demandante ha acreditado efectivamente el daño y ha superado el estándar probatorio exigible para acreditar el daño, no obstante ser infructuoso. Por el contrario, en el segundo la estimación parece que deberá ser parcial.

84. La integración de ambas soluciones parece que genera también eficiencias en la litigación puesto que evita los supuestos de *free riding*, evitando que el demandante perezoso no tenga una intención real de desplegar prueba suficiente en la expectativa de verse recompensado con la estimación plena del daño. Quien no alcance el mínimo estándar probatorio deberá verse abocado necesariamente a la indemnización de mínimos.

85. Finalmente, ambas posturas generan también eficiencias en la resolución. Es cierto que el Tribunal Supremo advirtió frente a las soluciones salomónicas en su STS de 7 de noviembre de 2013.

⁷² Considerando 46. Directiva 3014/104/UE. 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.

Pero también es cierto que, en el caso concreto, la instancia se había limitado a conceder el 50% de la indemnización solicitada ante la dificultad que la misma encontraba para valorar el daño. No parece que tal expediente fuera en absoluto equivalente al del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Valencia, mucho más elaborado, que se limitó a expresar la razón por la que, a su juicio, el daño mínimo causado por el cártel era el 5%. Si de lo que se trata es de indemnizar el daño mínimo, no parece que deba exigirse una exigencia motivacional exhaustiva. A fin de cuentas, si algún daño ha sido causado, expedientes que simplifiquen (sin ser simplistas) el cálculo del daño, deberán ser bienvenidos, ahorrando los esfuerzos judiciales para aquellos casos más complejos.

VIII. Conclusiones

86. En España, la justificación del mecanismo de estimación judicial se encuentra, en general, en la legislación y jurisprudencia anteriores a la entrada en vigor de la Directiva. Sin embargo, y a pesar de los esfuerzos de los tribunales por ofrecer una cierta imagen de continuidad, no se puede ocultar el intento judicial de reforzar los mecanismos de indemnización sobre la base del principio de efectividad, operación que sin duda es correcta de conformidad con los nuevos postulados del Derecho de la competencia.

87. Es cierto que existen criterios dispares, pero en su mayor parte, los tribunales han optado por ofrecer un criterio estable de indemnización del 5%. Es lógico que así sea. En un terreno resbaladizo y lleno de incertidumbre, los tribunales tienden a optar por una especie de *communis opinio*. Sin embargo, esto no ha impedido que algunos tribunales opten por criterios menos conservadores y ofrezcan razones para aumentar el importe de la indemnización.

88. Conviene recordar que no fijar el daño cuando se ha acreditado su existencia, es contrario al Derecho comunitario puesto que, en definitiva, dificulta en exceso el ejercicio del derecho a la indemnización reconocido en las sentencias *Courage* [2001] y *Manfredi* [2006]. Ahora bien, ello no supone que todas las situaciones merezcan idéntica respuesta por parte de los tribunales.

89. Admitido que la cuantificación del perjuicio es competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales, debe distinguirse entre dos supuestos.

90. Por un lado, aquellos en los que no se ha alcanzado el mínimo exigido para considerar superado el estándar probatorio pero, aun así, ha quedado acreditado que la infracción ha causado un daño. En este caso, el expediente de la estimación judicial deberá ir determinada a considerar cual es el daño mínimo causado por el cartel.

91. Por otro lado, aquellos en los que a pesar de haberse cumplido con el estándar de prueba, no puede acreditarse el daño. Aquí, el expediente judicial de estimación del daño debe conllevar a la determinación del daño real. La reparación íntegra debe considerar el daño pleno, esto es, se trata de una operación ponderativa donde el juez a la luz de todas las circunstancias de la infracción deberá determinar el porcentaje de sobreprecio real que el cartel haya podido causar.

92. La distinción tiene importantes consecuencias. Más allá de la compatibilidad de distintos expedientes indemnizatorios en el mismo supuesto, se pueden generar eficiencias tanto en materia de litigación como de resolución judicial.

93. Las limitaciones del recurso de casación dificultan que el Tribunal Supremo establezca un porcentaje de aplicación general. Ahora bien, el posible alumbramiento de diferentes planos en los que opera el sistema de estimación judicial del daño sí que parece tener relevancia casacional. El Tribunal Supremo tendrá la última palabra.