

España a la cabeza en la litigación derivada del cártel de los fabricantes de camiones. Primeras sentencias del Tribunal Supremo Español y su relevancia en Europa

Spain leading the way in the truck's cartel litigation. First rulings by the Spanish Supreme Court and their relevance in Europe

BEN BORNEMANN

Director General de Cartel Damage Claims SRL

DRA. JULIA SUDEROW*

*Profesora del Departamento de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Deusto
Abogada*

Recibido: 08.09.2023 / Aceptado: 13.09.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8092

Resumen: En un conjunto de 15 sentencias de casación, el Tribunal Supremo resuelve cuestiones fundamentales para la aplicación privada del Derecho de la Competencia en la jurisdicción española pero que se proyectan sobre el resto de los Estados miembros en procedimientos muy similares. Estas sentencias analizan, entre otras cosas, la facultad del juez para estimar los daños y perjuicios, la (no) necesidad de acceder a las fuentes de prueba inter partes, la proporcionalidad y las normas para los informes periciales económicos, así como los intereses y la prescripción. Las quince sentencias condenan a los miembros del cártel de camiones a indemnizar a diversos compradores de camiones con un porcentaje mínimo del 5% del valor de la compraventa más intereses. Este cartel ha generado la mayor ola de litigación antitrust en Europa tanto a nivel nacional como ante el TJUE que se ha pronunciado ya en diversas ocasiones, la más reciente en el asunto Tráficos Manuel Ferrer**.

Palabras clave: Camiones, estimación judicial del daño, cártel, Tribunal Supremo, Tráficos Manuel Ferrer, acceso a las fuentes de prueba, econometría.

Abstract: In a series of 15 cassation judgments, the Supreme Court resolves fundamental issues for the private application of competition law within the Spanish jurisdiction, but which are projected to the rest of the Member States in very similar proceedings. These judgments analyse, among other things, the judge's power to assess damages, the (non-) necessity of access to evidence inter partes, proportionality and the rules on economic expert testimony, as well as interests and limitation. The fifteen judgments

* Ben Bornemann es Director General de Cartel Damage Claims SRL y jefe de operaciones del Grupo CDC. Una empresa del Grupo CDC dirige dos grandes demandas por daños y perjuicios contra miembros del cártel de camiones en los Países Bajos. Julia Suderow es profesora del Departamento de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Deusto, abogada y letrada, y representa a un grupo de empresas perjudicadas contra el cártel de camiones en los tribunales españoles. Este artículo refleja únicamente sus opiniones personales.

**STJUE, sentencia de 16.2.2023, C 312/21, ECLI:EU:C:2023:99 - Tráficos Manuel Ferrer, con comentarios *Kersting*, WuW 2023, 189 y ss.

condemned the members of the truck cartel to compensate various truck purchasers with a minimum of 5% of the purchase value plus interest. This cartel has generated the largest wave of antitrust litigation in Europe, both at national level and before the ECJ, which has already ruled on several occasions, most recently in the *Tráficos Manuel Ferrer* case.

Keywords: Trucks, judicial estimation of the harm, cartel, Supreme Court, *Tráficos Manuel Ferrer*, access to evidence, econometrics, private enforcement of competition law

Sumario: I. Introducción. II. Los casos concretos. III. Las resoluciones del Tribunal Supremo 1. Insuficiencia del informe pericial de las demandadas. 2. Insuficiencia del informe pericial de los demandantes. 3. Estimación judicial de los daños. 4. Intereses. 5. Prescripción. IV. Relevancia para la práctica. 1. España. 2. Europa. 3. Valoración.

I. Introducción

1. Seis años después del inicio de la mayor avalancha de reclamaciones contra un cártel transnacional, el cártel de fabricantes de camiones, los días 12, 13 y 14 de junio de 2023, culminan en sede judicial el periplo de diversas empresas. El Tribunal Supremo (en adelante, “TS”) ha dictado 15 sentencias que culminan en sede judicial, el periplo judicial de diversas empresas de transporte nacionales contra cinco de las seis empresas sancionadas por la Comisión Europea en el año 2016 por constituir acuerdos colusorios de larga duración que ha afectado la práctica totalidad del mercado de compraventa de camiones entre los años 1996 y 2011. En el presente artículo analizamos las siguientes sentencias del TS:

Fecha de la sentencia	ECLI Tribunal Supremo	ECLI de la instancia inferior	Partes
12/06/2023	ES:TS:2023:2492	ES:APV:2019:4152	Jenaro contra Fiat Chrysler
12/06/2023	ES:TS:2023:2472	ES:APV:2020:1165	Lorenzo vs Fiat Chrysler CNH Industrial
12/06/2023	ES:TS:2023:2495	ES:APZ:2020:2008	Nazario contra CNH Industrial
12/06/2023	ES:TS:2023:2473	ES:APB:2020:2567	Raimundo contra CNH Industrial
12/06/2023	ES:TS:2023:2475	ES:APBI:2020:265	Eulen contra CNH Industrial e Iveco
12/06/2023	ES:TS:2023:2474	ES:APV:2020:3547	José contra Iveco
13/06/2023	ES:TS:2023:2476	ES:APV:2019:4150	Melchor contra MAN
13/06/2023	ES:TS:2023:2477	ES:APV:2020:3500	Luis María contra MAN
13/06/2023	ES:TS:2023:2497	ES:APPO:2020:1243	Sánchez Álvarez contra MAN
13/06/2023	ES:TS:2023:2478	ES:APZ:2020:2046	Hermanos Bailón vs. MAN
14/06/2023	ES:TS:2023:2479	ES:APV:2019:5941	Grúas Jordán vs. VOLVO
14/06/2023	ES:TS:2023:2480	ES:APV:2020:292	Llácer y Navarro contra VOLVO
14/06/2023	ES:TS:2023:2493	ES:APZ:2020:1717	Gestión de infraestructuras civiles contra Daimler
14/06/2023	ES:TS:2023:2494	ES:APV:2020:3508	Javier contra DAF
14/06/2023	ES:TS:2023:2496	ES:APZ:2020:1693	Transportes Especiales vs.

2. En España, a diferencia de otros estados miembros, hasta junio de 2023, se han dictado alrededor de 2.300 sentencias en segunda instancia. Las audiencias provinciales han desestimado la demanda en alrededor del 6% de los casos, por motivos de prescripción o falta de legitimación pasiva.¹ En el 94% restante de las sentencias, se concedieron indemnizaciones por daños y perjuicios estimando

¹ En primera instancia, algunos jueces no concedieron ninguna indemnización porque los demandantes no habían probado ningún daño. Sin embargo, estas sentencias fueron revocadas en segunda instancia, véase, por ejemplo, SJM O 913/2023 - ECLI:ES:JMO:2023:913.

las demandas parcial o totalmente. Dentro de las estimaciones se observa que en el 30% de los casos, las audiencias han admitido la demanda y han seguido la argumentación de los demandantes, aunque a en algunas ocasiones con rebajas del 30%. En la mayoría (más del 60%) de las sentencias, sin embargo, los tribunales de instancia y las audiencias provinciales han rechazado la cuantificación realizada por los informes periciales de ambas partes completamente las opiniones de los expertos de ambas partes y han optado por la estimación judicial del sobreprecio relacionado con el cártel, sin recurrir a métodos econométricos. Estas estimaciones oscilan entre el 5% y el 10%, pero en la mayoría de los casos (en torno al 47% de las sentencias) se sitúan en el mínimo del 5%².

Es importante resaltar que las presentes resoluciones del TS se refieren a las primeras sentencias de segunda instancia, principalmente de los juzgados de Valencia y Zaragoza.

II. Los casos concretos

3. En los 15 primeros casos que ha tratado el TS, la situación tras la segunda instancia se resumía del siguiente modo:³ En todas las sentencias, los peritajes económicos de los demandados, basados en el daño 0% fueron rechazados por poco convincentes. En 14 procedimientos, los tribunales también rechazaron los dictámenes periciales presentados por los demandantes por considerar que no acreditaban el perjuicio sufrido. En estos casos, los propios jueces evaluaron las características del cártel y sus efectos en el mercado. Aunque la heterogeneidad de los productos y las negociaciones individuales podían complicar los acuerdos, en su opinión la larga duración (14 años), la elevada cuota de mercado (más del 90%) y el amplio ámbito geográfico de influencia (todo el EEE) del cártel indican que la conducta tuvo efectos notables en el mercado.⁴ Basándose en estas y otras conclusiones de la decisión de la Comisión Europea, así como en estudios como la Guía de cuantificación del daño de la Comisión Europea, los tribunales de primera y segunda instancia estimaron un sobreprecio del 5% como daño mínimo conservador provocado por el cártel.

4. En un caso, en el asunto ECLI:ES:TS:2023:2475 (Eulen contra CNH Industrial e Iveco), la Audiencia Provincial. confirmó la sentencia del juzgado de lo mercantil de primera instancia que, tras el informe pericial del demandante, había concedido daños y perjuicios por un importe equivalente al 15% del precio de compra (más intereses).

III. Las resoluciones del Tribunal Supremo

5. El Tribunal Supremo ha confirmado las decisiones de los tribunales inferiores. Cabe destacar los siguientes aspectos:

1. Insuficiencia del informe pericial de las demandadas

Las quince sentencias del TS confirman el rechazo a los informes periciales de las empresas demandadas, confirmando en buena medida las conclusiones alcanzadas por las Audiencias Provinciales. En particular, el TS rechaza con firmeza los intentos de las demandadas de recalificar el cártel como un mero intercambio de información y/o de argumentar que el efecto sobre los precios finales era imposible

² *Francisco Marcos*, Reclamación de daños y perjuicios por cártel de camiones: Mil y una Sentencias dictadas por los Tribunales de Apelación españoles (07 de octubre de 2022). *Journal of European Private Law* 1/2023, Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4255889>. *Francisco Marcos* publica regularmente las últimas cifras en posts en LinkedIn; resumimos aquí sus cifras publicadas a finales de junio de 2023.

³ En las sentencias de primera instancia se concedieron incrementos de precios de entre cero (daño no probado) y el 15%.

⁴ Así también LG Dortmund, pedido de referencia del 27. 9. 2021 - 8 O 4/18 Kart - LKW-Kartell = NZKart 2021, 704, número marginal 8 y ss..

debido a la red de distribución de los camiones en España, posibles descuentos o negociaciones individuales. Por lo tanto, los argumentos de defensa basados en un mero intercambio de información inocuo y los correspondientes informes periciales habían de ser rechazados. En este sentido el TS sigue una línea de argumentación muy similar a la confirmada por el Tribunal Supremo Alemán, BGH, en su reciente sentencia *LKWII* relativa al mismo cártel⁵. Así el TS concluye:

Sentado lo anterior, si existe un cártel que ha elevado los precios brutos, esos posibles descuentos se habrán producido desde un nivel de precios más alto que si no hubiera existido el cártel. En definitiva, por más que intervengan diversos factores en la fijación del precio final, si se parte de un precio bruto superior al que habría resultado de una concurrencia no distorsionada por el cártel, el precio final también será más elevado⁶.

6. Al igual que muchos tribunales españoles, el TS cita la sentencia sobre el cártel de camiones del Tribunal de Distrito holandés de Amsterdam en *CDC y otros contra DAF Trucks y otros*⁷, en particular la metáfora sobre un cártel y sus efectos como una marea creciente que levanta todos los barcos (precios) utilizada por los economistas *Schinkel* y *Harrington*⁸. Los factores específicos del cliente y de la transacción, como el poder de negociación del comprador, existen con o sin cártel. Estas fluctuaciones individuales son como olas que existen tanto durante la marea baja como durante la marea alta. Pero las fluctuaciones no cambian el hecho de que, por norma, un barco está más alto en marea alta que en marea baja.

7. El TS también rechaza el argumento de las demandadas que negaban el nexo causal entre los denominados “precios de lista”⁹ y los precios finales de venta. Según el TS -como la inmensa mayoría de los tribunales inferiores- resulta inverosímil que los directivos de seis multinacionales dediquen tiempo y recursos a diversas reuniones con sus competidores durante un periodo de 14 años para ponerse de acuerdo sobre métricas irrelevantes e inocuas, especialmente si ello expone a sus empresas al riesgo de multas récord como las impuestas por la Comisión Europea. Así mismo, resulta igual de inverosímil que los niveles inferiores de distribución hayan absorbido esencialmente el impacto de la colusión durante un periodo de 14 años reduciendo sus propios márgenes¹⁰.

8. En particular, en la sentencia *Llácer y Navarro vs. AB VOLVO*, el TS analiza en detalle el informe presentado por la demandada. En primer lugar, resultaba problemático que el dictamen pericial negara cualquier efecto en el mercado. No obstante, el TS también reconoce expresamente que la supuesta ausencia de efectos o el sobreprecio cero no lleva a la descalificación automática del informe pericial, ya que esto equivaldría a la presunción de los efectos del cártel. El origen de los datos, privados de la propia demandada y no públicos, tampoco lleva al rechazo automático. Ahora bien, la selección sesgada de datos de un tipo o momento determinado sí descalificaría el informe pericial. En el presente caso, el Tribunal Supremo considera que la base de datos con datos de la demandada a partir del año 2003 y hasta el año 2016 no permite un análisis razonable del sobreprecio ya que la conducta comienza en el año 1997. En este sentido, el TS sigue las conclusiones de la Audiencia Provincial de Valencia que considera que omitir el periodo desde el año 1997 hasta el año 2002 pasa por alto buena parte del efecto, distorsionando el ejercicio de cuantificación. Además, el TS se remite a la decisión de la propia

⁵ Del mismo modo, la sentencia del Tribunal Supremo alemán, BGH, sentencia 13.04.2021 - KZR 19/20, LKW-Kartell II = NZKart 2021, 566 .

⁶ STS, 12 de junio de 2023, Eulen contra CNH Industrial e Iveco, ES:TS:2023:2475, apartado 11.

⁷ ECLI:NL:RBAMS:2021:2391, Rechtbank Amsterdam de 20 de mayo de 2021 RETAIL CARTEL DAMAGE CLAIMS S.A. et al. v. DAF Trucks N.V. et al.

⁸ Profesor *Maarten Pieter Schinkel*, Universidad de Ámsterdam; Profesor *Joseph Harrington*, Universidad de Pensilvania. Véase al respecto J. Harrington: *The Anticompetitiveness of Sharing Prices*, disponible en [Harrington_Sharing Prices_20.03.26.pdf \(joeharrington5201922.github.io\)](https://github.com/joeharrington5201922)

⁹ El término “precios de catálogo” no debe ocultar el hecho de que éstos eran estrictamente internos del fabricante.

¹⁰ Del mismo modo, el BGH, sentencia 13.04.2021 - KZR 19/20, LKW-Kartell II = NZKart 2021, 566: “*El precio de compra del distribuidor así determinado determina entonces también qué precios y qué descuentos puede conceder el distribuidor razonablemente y teniendo en cuenta sus propios intereses al cliente final*”.

Comisión Europea que en su apartado 102 declara que en el año 2016 no constaba con seguridad que la infracción hubiera terminado realmente en su totalidad e invitó a las empresas a poner fin a la infracción si aún no lo habían hecho. Así las cosas, el TS confirma a las Audiencias Provinciales que habían concluido que el período hasta 2016 no podía considerarse como un período de control adecuado y completamente intacto. Por lo anterior, el alto tribunal confirma que los jueces ejercieron correctamente su discrecionalidad al considerar poco convincente el informe pericial de la demandada.

2. Insuficiencia del informe pericial de los demandantes

9. En ninguno de los casos resueltos, los demandantes habían recopilado datos sobre las transacciones con la suficiente calidad y cantidad como para realizar un análisis econométrico apropiado y razonable para este caso. Los informes periciales de los demandantes se basan en meta datos o meta-estudios transversales sobre el beneficio que genera un cártel recopilados por *Connor y Lande*¹¹ en general y/o en la literatura y estudios que analizan estos conjuntos de datos o subconjuntos específicos de los mismos (los más famosos son los *estudios de Oxera*¹² y *Smuda*¹³). Sobre la base de estos estudios concluyen que el porcentaje de sobreprecio se encuentra entre un 15% o 20% del precio pagado por el camión. Así, los informes periciales aportados ignoran las recomendaciones de la propia Comisión Europea y resultan genéricos. En este sentido el TS confirma catorce de las quince sentencias que rechazaban estos informes por resultar inadecuados para cuantificar los efectos de este cártel en concreto. El TS está de acuerdo con 14 de las 15 resoluciones del Tribunal de Apelación y rechaza de plano estos meta-estudios por resultar inapropiados para cuantificar los efectos de este cártel en concreto.

3. Estimación judicial de los daños

10. Tras miles de sentencias en España y cientos de sentencias en otros estados miembros, por primera vez un alto Tribunal se pronuncia sobre la estimación judicial en una acción concreta contra un cártel transnacional, cogiendo el guante con seguridad. En efecto, el TS ha confirmado la validez de la solución adoptada por la Audiencia Provincial de Valencia y seguida por la mayoría de los juzgados de lo mercantil y audiencias provinciales. Esta cuestión es de suma relevancia práctica y facilita la administración de justicia en este tipo de casos; marcada por la asimetría informativa, la ausencia de pruebas directas y de gran complejidad técnica. Los demandados habían argumentado a este respecto que los demandantes no habían cumplido con su carga de la prueba porque, como también señalaron los tribunales inferiores en 14 de los 15 casos, tan sólo habían presentado informes periciales genéricos insuficientes para la cuantificación en este caso concreto. Además, los demandantes tampoco habían hecho uso del acceso a fuentes de prueba previsto para este tipo de casos; (artículo 283 bis a) - artículo 283 bis k LEC). Por ello, la incapacidad para probar el daño se debía a su propia inacción y el juez no puede sortear la falta de pruebas con la estimación judicial que está reservada a casos en los que la cuantificación resulta imposible.

11. El TS no comparte esta opinión y afirma que en este caso la dificultad o imposibilidad de cuantificar el daño no se debió a la inactividad del reclamante. Para ello, enumera las razones que hacen extraordinariamente difícil la cuantificación en el presente caso:

- No existía un mercado geográfico de referencia adecuado, ya que el cartel abarcaba toda la UE.
- Una comparación temporal es difícil debido a la larga duración del cártel.

¹¹ Véase más recientemente: J. CONNOR, y R. LANDE, *The Prevalence and Injuriousness of Cartels Worldwide* (2023). Elgar Research Handbook on Cartels (Peter Whelan editor; Edward Elgar Publishing Ltd, Reino Unido) (2023 de próxima publicación), University of Baltimore School of Law Legal Studies Research Paper Forthcoming, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4319572>.

¹² Oxera Consulting: *Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts*, estudio encargado por la Comisión Europea, ISBN 978-92-79-14685-5, doi 10.2763/36577 (pdf).

¹³ F. SMUDA: *Cartel Overcharges and the Deterrent Effect of EU Competition Law*, ZEW Discussion Paper No. 12-050.

- La heterogeneidad de los productos hace que la modelización sea muy compleja.
- La decisión de transacción o settlement de la Comisión Europea contenía menos detalles que una decisión ordinaria de la Comisión.
- Debido a la naturaleza paneuropea del cártel, muchos documentos relevantes no estaban en español y, por lo tanto, pueden ser difíciles de entender para los demandantes en caso de que los soliciten en la presentación de pruebas.
- Muchos demandantes habían asumido, comprensiblemente, que el plazo de prescripción, de acuerdo con la legislación española anterior a la transposición de la Directiva de daños y perjuicios, era de sólo un año a partir de la publicación de la decisión sumaria de la Comisión Europea, lo que dejaba poco tiempo para un análisis en profundidad¹⁴.
- Los casos resueltos por el TS en esta primera oleada se inician en el año 2018, cuando los requisitos legales aún no estaban claros y la evaluación fáctica de la infracción en toda Europa estaba aún en pañales.

12. Debido a estas dificultades, el TS concluye que el hecho de que la parte actora se basara en un informe pericial insuficiente para la cuantificación no equivale a “*inactividad probatoria*”, ni tampoco el hecho de que los demandantes no intentaran utilizar los instrumentos de acceso a fuentes de prueba. En el contexto de estas observaciones, el TS hace dos comentarios sumamente relevantes para la práctica:

- (i) El acceso a fuentes de pruebas *entre las partes*, tal como se practica actualmente en España, difícilmente sería útil en el presente caso y el esfuerzo requerido sería desproporcionado en relación con la indemnización solicitada (a menudo las reclamaciones sólo afectan a un puñado de camiones).
- (ii) En los grandes pleitos iniciados ante el Tribunal de Apelación de la Competencia del Reino Unido (*Competition Appeal Tribunal, CAT*)¹⁵, en los que la amplia fase de acceso a fuentes de prueba y *discovery* entre las partes ha constituido la base de los análisis econométricos, el CAT también ha acabado rechazando los análisis de ambas partes y ha estimado judicialmente el efecto sobre los precios en un 5%.

13. El Tribunal Supremo afirma que la estimación judicial en este tipo de casos no constituye una aplicación retroactiva inadmisibles de las disposiciones de la Directiva 2014/104 de daños y perjuicios de defensa de la competencia que establecen una presunción de daños y perjuicios, ya que la legislación procesal española siempre ha permitido una presunción de la existencia del de los daños y perjuicios en determinados casos conforme a lo establecido en el artículo 386 LEC¹⁶.

Esta presunción de existencia del daño, fundada en el art. 386 LEC, no es una presunción legal, y tampoco es iuris et de iure, por lo que admitiría prueba en contrario. Conforme al apartado 3 de este precepto, “frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior”. El art. 385.2 LEC, aplicable por vía de remisión, admite que la prueba en contrario pueda dirigirse “tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción”. En el caso de la litis, según resulta de la valoración hecha en la instancia, el informe pericial de la demandada no ha desvirtuado las bases sobre las que se ha fundado la presunción ni su resultado. En consecuencia, debemos partir del hecho presunto (existencia del daño) como hecho cierto.

14. Además, las sentencias comentadas nos recuerdan un principio elemental del Derecho de la Competencia: Los cárteles son ilegales precisamente porque suelen (“*Id quod plerumque accidit*”) provocar un incremento artificial de los precios.

¹⁴ Véase al respecto el apartado 5.

¹⁵ 1284/5/7/18 (T) Royal Mail Group Limited contra DAF Trucks Limited y otros; 1290/5/7/18 (T) BT Group PLC y otros contra DAF Trucks Limited y otros - [2023] CAT 6.

¹⁶ ES:TS:2023:2492 - Jenaro contra Fiat Chrysler 6.15 y 6.24.

El TS también señala que, a la vista de las características del cártel, los tribunales de primera instancia acertaron al concluir que el cártel de camiones no podía pertenecer al “7 %” de cárteles que, según el *Informe Oxera*, no causan precios excesivos. A la objeción de los demandados de que el 5 % como “mínimo conservador” es arbitrario y que los tribunales podrían haber fijado un porcentaje inferior, el TS replica que lo mismo se aplica a un porcentaje superior y que los demandados confunden arbitrariedad con discrecionalidad judicial y que ambas partes han podido probar un porcentaje superior o inferior sobre la base de informes periciales adecuados.

15. En la sentencia *Eulen contra CNH Industrial e Iveco*, en la que la Audiencia Provincial había confirmado el sobrecoste del 15% concedido por el tribunal de primera instancia (sobre la base del dictamen pericial del demandante basado únicamente en metaestudios), el TS redujo el porcentaje del sobreprecio al 5% y declaró¹⁷:

Estas circunstancias descritas en la Decisión son también suficientes para entender que ese daño no fue insignificante o meramente testimonial. Ahora bien, no se ha probado que ese daño superara el mínimo previsible en un cártel de esas características, que una generalidad de tribunales ha fijado prudentemente en un 5% del coste de los camiones, pues, como se ha dicho, los tribunales de instancia han negado eficacia probatoria al informe pericial de la demandante, que fijaba el daño en un porcentaje superior de sobreprecio. Al no haber resultado probado que el importe de ese daño haya sido superior a ese mínimo del 5% del precio del camión, el ejercicio de las facultades estimativas que el ordenamiento jurídico atribuía a los tribunales antes incluso de la trasposición de la Directiva, como consecuencia directa del principio de indemnidad derivado de los arts. 1902 CC y 101 TFUE, no les permite fijar una indemnización superior. Esto es, mientras no se acredite que el importe del daño ha sido superior a ese porcentaje mínimo del 5%, la demandante no puede pretender una indemnización superior a ese porcentaje. Por tal razón ha de estimarse en parte el recurso de casación y reducir la indemnización acordada en la sentencia a un 5% del precio pagado por la compra de los camiones.

4. Intereses

16. El TS aclara que los intereses legales se devengan desde el momento en que se produce el daño, es decir, desde el pago. La razón no es el retraso (“mora”), sino el principio de reparación íntegra. Por tanto, los argumentos esgrimidos por los demandados en contra (*in illiquidis non fit mora*¹⁸) eran erróneos. Para ello, se remite al principio del pleno resarcimiento y a la jurisprudencia de la UE, empezando por *Marshall* (1993)¹⁹, así como a la guía práctica de la Comisión²⁰ sobre este punto y confirma que se trata de una cuestión de *acervo* comunitario, que no ha hecho sino ser codificada por la Directiva de Daños, como se ha reafirmado recientemente en *Tráficos Manuel Ferrer*²¹.

5. Prescripción

17. En cuanto a la prescripción, el TS, siguiendo la jurisprudencia del TJUE en *Volvo y DAF Trucks*, establece que aunque el plazo de prescripción de cinco años introducido por la Directiva de Daños no conlleva la reactivación de las reclamaciones prescritas, el nuevo plazo de prescripción se aplica

¹⁷ STS, 12 de junio de 2023, *Eulen contra CNH Industrial e Iveco*, ES:TS:2023:2475, apartado 24.

¹⁸ Esta doctrina del derecho romano, invocada por los demandados y citada por el TS establece: El deudor de un crédito no cuantificado con precisión en términos monetarios (no líquido) no puede estar en mora. La doctrina siguió siendo relevante en el derecho español durante mucho tiempo, pero debe considerarse obsoleta desde al menos 2010, véase sentencia del Tribunal Supremo de 22.10.2010 STS 5778/2010 - ECLI:ES:TS:2010:5778.

¹⁹ ECLI:EU:C:1993:335.

²⁰ Documento de trabajo de los servicios de la Comisión Guía práctica Cuantificación del perjuicio en acciones por daños y perjuicios basadas en infracciones de los artículos 101 ó 102, apartado 24.

²¹ STJUE, sentencia de 16.2.2023, C 312/21, ECLI:EU:C:2023:99 - *Tráficos Manuel Ferrer*.

a aquellas reclamaciones que aún no habían prescrito en el momento de la entrada en vigor de la nueva normativa²². El TS aclara que el hecho de que el legislador español no haya transpuesto la Directiva en plazo no debe ir en detrimento de los reclamantes. Así, el nuevo plazo de prescripción también beneficia a aquellas reclamaciones cuya prescripción se hubiera producido bajo la antigua legislación entre la fecha de finalización del plazo de transposición y la efectiva transposición.²³ El TS confirma los criterios seguidos por las Audiencias Provinciales y fija el *Dies a quo* para el inicio del plazo de prescripción de cinco años (*dies a quo*) en la fecha de publicación del resumen de la Decisión final de la Comisión en el Diario Oficial de la Unión Europea el 6 de abril de 2017.

IV. Relevancia para la práctica

1. España

18. Como no podía ser de otra forma, el TS no entra en los detalles de los informes periciales con la misma profundidad que los juzgados de instancia. No obstante, el TS resuelve con seguridad las dudas planteadas por las miles de sentencias existentes y en buena medida pendientes de casación.

19. Y es que el TS deja claro que, en los procedimientos de daños y perjuicios sobre el cártel de camiones, en los que los tribunales de instancia valoraron como poco convincentes los peritajes tanto del demandante como del demandado (como se ha dicho, esto afecta a cerca del 60% de las sentencias de segunda instancia), debe estimarse un sobreprecio del 5% en función de las características de esta infracción. Por un lado, la estimación de los daños debe limitarse a este “daño mínimo conservador” si el informe pericial del demandante se basa únicamente en metaestudios (ECLI:ES:TS:2023:2475, *Eulen c. CNH Industrial e Iveco*). Por otro lado, para aquellos demandantes que han recopilado datos de transacciones específicos de cada caso y han desarrollado modelos estadísticos basados en ellos, un sobreprecio del 5% relacionado con el cártel no es en absoluto el límite superior. En tales casos, el TS deja margen para que los tribunales de instancia sigan las opiniones de los demandantes y asuman también un incremento de precios relacionado con el cártel superior al 5%. Precisamente, observamos determinadas sentencias en las que se está siguiendo este criterio: Así, la Audiencia Provincial de Huesca, por ejemplo, siguió íntegramente el informe pericial económico del demandante en su sentencia de 14 de julio de 2023²⁴. La pericial allí presentada no sólo se basa en meta-estudios, sino que realiza una regresión a partir de un conjunto de datos propios, que la Audiencia Provincial de Huesca considera suficientes y convincentes. En el mismo sentido se han pronunciado recientemente las Audiencias Provinciales de Logroño²⁵, La Coruña²⁶ y Ávila²⁷.

20. Especial mención merece también la reciente sentencia de 1 de septiembre de 2023 del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Alicante, nº 39/2023 que adelanta la principal cuestión no resuelta por el TS y que afecta principalmente a la segunda fase de la ola de litigación, caracterizada por informes periciales de los demandantes que incorporan un análisis econométrico sobre los datos propios disponibles pero que no han hecho uso del acceso a fuentes de prueba: *¿Debe tratarse de igual manera al litigante que ha acudido al Tribunal con un metaestudio y ha obtenido una indemnización por daño mínimo que a aquel que ha realizado un esfuerzo probatorio significativo?*

²² TJUE Judt. 22.6.2022, C-267/20, ECLI:EU:C:2022:494, NZKart 2022, 392 - Volvo AB y DAF Trucks NV ./ RM.

²³ Esta cuestión es relevante en 21 (¡!) Estados miembros que incumplieron el plazo de transposición, véase el DOCUMENTO DE TRABAJO DE LOS SERVICIOS DE LA COMISIÓN sobre la aplicación de la Directiva 2014/104/UE, SWD (2020) 338 final, de 14 de diciembre de 2020.

²⁴ Sentencia 159/2023 de la Audiencia Provincial de Huesca, 14.7.2023. ECLI aún no disponible. .

²⁵ Sentencia 289/2023 de la Audiencia Provincial de Logroño de 29.6.2023. ECLI aún no disponible.

²⁶ Sentencia 447/2023 de la Audiencia Provincial de La Coruña de 15.6.2023. ECLI aún no disponible.

²⁷ Sentencia 198/2023 de la Audiencia Provincial de Ávila de 5.7.2023. ECLI aún no disponible.

21. El Juzgado de lo Mercantil de Alicante considera que existirían dos soluciones:

1. Defender la coexistencia de dos sistemas de daños (estimación basada en el daño mínimo y prueba de un porcentaje inferior o superior).
2. *Superar el criterio de estimación cuantitativa de las costas procesales de forma que en aquellos casos en los que se entienda que exista un esfuerzo probatorio significativo y aún así, no se hubiera logrado acreditar el daño concreto por resultar prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar con precisión los daños y perjuicios sufridos sobre la base de las pruebas disponibles, debe considerarse que la estimación es sustancial.*

Sin perjuicio de esto, el juzgado concluye que existe una tercera vía que hace ambas soluciones posibles: estimación del daño real y concesión de costas²⁸. Así, la citada sentencia concede una indemnización del 5% siguiendo el criterio del TS y los intereses compuestos, por referencia al interés legal del dinero para cada anualidad, desde la fecha de adquisición del vehículo hasta la fecha de presentación de la demanda y las costas.

22. El TS ha subrayado reiteradamente que no es una tercera instancia fáctica y que, por tanto, sólo intervendrá en la valoración de los dictámenes periciales de los tribunales inferiores si son manifiestamente erróneos (jurídicamente) o arbitrarios. Así, parece probable que el TS no admita o desestime los recursos de casación de los demandados que puedan interponerse contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca (y otras similares). El TS también podría tolerar distintas valoraciones de distintos tribunales inferiores, siempre que ninguna de ellas sea manifiestamente errónea.

23. A la vista de las decisiones de los tribunales de instancia descritas en II 2), parece posible predecir que en aproximadamente el 60% de los casos de segunda instancia debería establecerse la compensación en un 5% y en otro 30% de los casos “en un mínimo” del 5%, con un margen (considerable) de mejora que puede llegar a la estimación total de la demanda.

24. De momento, el TS omite un aspecto esencial en relación a la existencia del daño: Por un lado, afirma que, por las características de la infracción, cabe presumir que el cártel produce daños. Por otro lado, el TS afirma que un dictamen pericial también puede llegar a la conclusión de daño cero, sin que por ello sea per se irrelevante. En los 15 casos aquí analizados, los peritos de la parte demandada incurrieron en diversos errores metodológicos, por lo que las Audiencias Provinciales calificaron los informes periciales como insuficientes. El TS podría dejarlo así para certificar a las audiencias provinciales que ejercieron su discrecionalidad sin incurrir en arbitrariedad. Sin embargo, sigue sin estar claro cómo tratar los casos en los que los peritos del demandado no muestran ninguna de esas discrepancias, es decir, el dictamen pericial (y/o la base de datos) no muestra ninguna deficiencia significativa (identificada), y dicho dictamen pericial da como resultado un daño nulo. En este sentido, el Tribunal Regional de Dortmund plantea la figura de la “*teoría de la ausencia de perjuicio*”²⁹. La línea de pensamiento es que un resultado tan atípico requiere una explicación solvente de los mecanismos empleados, además de realizar regresiones. En concreto, esto significa que los demandados deben explicar de forma económicamente fundamentada cómo es plausible que, por ejemplo, en el cártel de camiones, los acuerdos en los que participan todos los fabricantes europeos y que abarcan todo el EEE no alcancen en ningún momento su objetivo, pero que, sin embargo, se mantengan con grandes gastos y considerables riesgos durante más de 14 años.

25. Más allá del cártel de camiones, cabe señalar: El TS rechaza una interpretación extrema de *Tráficos Manuel Ferrer*, según la cual un tribunal sólo puede estimar daños y perjuicios si el deman-

²⁸ Sentencia 39/2023 del juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante de 1 de septiembre de 2023, ECLI aún no disponible.

²⁹ LG Dortmund, 27. 9. 2021 - 8 O 4/18 Kart - LKW-Kartell = NZKart 2021, 704, e instructivo sobre esta *cifra Schweitzer/ Woeste*, NZKart 2021, 676 ss. al igual que *éste*. ZWER 2022, 46 ss.

dante ha intentado al menos hacer uso de los nuevos instrumentos de acceso a fuentes de prueba³⁰. En general, refuerza la facultad de los tribunales para estimar daños y perjuicios. Así, los jueces españoles están autorizados a estimar daños y perjuicios incluso en virtud de la legislación anterior a la aplicación de la Directiva. Sin embargo, resultaría pueril asumir que en el futuro el recurso a los meta-estudios a la *Smuda* y *Oxera* pueda ser suficiente para abrir la puerta a la estimación judicial. La demanda podrá ser rechazada por inactividad probatoria. Así, el TS nos recuerda que en el momento en el que se han planteado las demandas aquí analizadas los requisitos probatorios eran en gran medida confusos. Las propias decisiones actuales del TS reducen significativamente las ambigüedades y apostar al comodín del principiante parece más que arriesgado.

26. Además, conforme al TS, la estimación de un sobreprecio del 5% sólo se aplica al cártel de camiones. En otro tipo de casos o infracciones del derecho de la competencia con otras características, el valor inicial podría ser superior o inferior. En cualquier caso, resulta aconsejable presentar la demanda con un informe econométrico específico para cada caso basados en un conjunto de datos adecuado. A menudo será necesario agrupar los datos de muchos demandantes para obtener un conjunto de datos de suficiente diversidad y amplitud.

2. Europa

27. Llama la atención que la estimación de un sobreprecio del 5% coincida con el Tribunal de Apelación de la Competencia inglés (*Competition Appeal Tribunal, CAT*) y más recientemente en Alemania por el Tribunal Regional de Berlín³¹. A diferencia de los casos resueltos por el TS, los informes periciales presentados por los demandantes en estos procedimientos realizaban la correspondiente regresión y se basaban en amplios datos sobre transacciones específicas de cada caso.

28. El CAT y el LG Berlín, como tribunales de instancia, analizaron los informes periciales de las partes con más detalle que el TS, que tan sólo ha podido remitirse a las conclusiones de las Audiencias Provinciales. En su sentencia, el CAT no ocultó la frustración del juzgador por la unilateralidad de los respectivos dictámenes. Por otra parte, el Tribunal Regional de Berlín no dejó que los demandados se salieran con la suya negando hechos que ellos mismos habían admitido ante la Comisión Europea en el marco del programa de clemencia³². Los argumentos de que el precio sólo dependía de las expectativas de precio del cliente o de que, dado que otros factores también influyen en la fijación de precios, los precios de catálogo no desempeñaban ningún papel, fueron correctamente rechazados por los jueces por considerarlos poco realistas.

29. Al final, sin embargo, ambos tribunales también señalaron las deficiencias de los informes periciales de las partes: Entre otras cosas, el CAT critica con dureza la introducción de una variable sobre la “Gran Crisis Financiera”, sin la cual el modelo del demandante difícilmente generaría más de dos puntos porcentuales de incremento de precios. El Tribunal Regional de Berlín constató, entre otras cosas, que los mismos expertos en otros procedimientos habían hecho suposiciones diferentes sobre la duración de los efectos tras la finalización de la conducta. También cuestionó la idoneidad de la tasa de variación anual del producto interior bruto alemán como variable de la demanda y coincidió con los demandados en que la caída del porcentaje de vehículos de extinción de incendios en el periodo posterior al cártel era problemática y que el enfoque elegido para estimar un efecto especial adicional del cártel para cada norma Euro podría llevar a una (ligera) sobreestimación del efecto global. En general, sin embargo, a la vista de las críticas sobre los datos, afirmó que no era necesario construir el mejor modelo

³⁰ También para Alemania ya *Kersting*, WuW 2023, 189 y ss.

³¹ LG Berlín, sentencia de 15.06.2023, 61 O 1/23 Kart.

³² Así también el BGH en LKW-Kartell II.

posible para que un tribunal lo tuviera en cuenta en su estimación de los daños y citó al estadístico británico *George Box*: “Todos los modelos son erróneos, pero algunos son útiles”.

30. En consecuencia, el Tribunal Supremo, el CAT y el LG Berlin no utilizan los informes periciales del demandante como punto de partida para la estimación judicial de los daños, sino que únicamente los tienen en cuenta como indicio para la cuantificación vía estimación judicial de los daños. Las características de la propia infracción citadas por el TS también juegan un papel importante en el razonamiento del CAT y del LG Berlin.

3. Valoración

31. Las sentencias del CAT, del Tribunal Supremo y, más recientemente, del Tribunal Regional de Berlín sobre la estimación de daños y perjuicios ponderan adecuadamente diversos puntos de vista. A falta de informes plenamente convincentes aportados por las partes, los tribunales han realizado una estimación conservadora del sobreprecio basada en las características de una infracción. Este enfoque reconoce hechos básicos:

- 1) Los cárteles están prohibidos porque suelen dar lugar a precios más altos.
- 2) La evaluación de daños en las reclamaciones contra un cártel siempre requiere una estimación del daño. Los modelos y escenarios presentados por las partes sirven como punto de partida.

Casuísticamente, los tribunales podrían elaborar estimaciones conservadoras basadas en las características de la infracción de la competencia. Al mismo tiempo, se deja a las partes la posibilidad de presentar informes periciales de alta calidad sobre la cuantificación para convencer al tribunal de un mayor (o menor) efecto sobre los precios. Entre líneas, todos los tribunales instan a los peritos de ambas partes a que realicen su tarea de una forma más científica.

32. Los demandantes, al menos los que aspiran a algo más que una estimación conservadora de los daños por parte del juez, probablemente tendrán que presentar una sólida econometría basada en un conjunto adecuado de datos específicos del caso. Al mismo tiempo, los cartelistas ya no pueden esperar evitar cualquier responsabilidad y no pagar compensación alguna. Un punto de partida (teórico) para el sobreprecio inducido por el cártel por encima de cero debería ayudar a conseguir acuerdos a medio plazo. En Alemania, por ejemplo, la nueva Ley de Defensa de la Competencia realiza una estimación inicial del beneficio ilícito que deberá ser abonado a las arcas del Estado que puede servir como base mínima para las reclamaciones privadas³³.

33. Si bien la estimación de los daños y perjuicios seguirá siendo naturalmente abierta y específica para cada caso, al menos en parte, incluso después de estas sentencias del Tribunal Supremo, la situación jurídica con respecto a los intereses y la prescripción es ahora clara y uniforme: los intereses se devengan sobre cualquier recargo de precios relacionado con el cártel desde el momento del pago del sobreprecio. Cabe esperar que esta nueva confirmación de los intereses desde el momento del daño servirá para solventar las dudas existentes hasta la fecha en España analizadas por el TS en sus sentencias. En los próximos meses el TS se podría pronunciar sobre la segunda ola de sentencias en los demandantes han presentado informes con análisis econométricos y de mayor calidad mientras que la práctica totalidad de los demandados han seguido insistiendo en el daño cero. De esta forma, en España tendremos una visión completa del tratamiento judicial de la cuantificación del daño antitrust mientras que en otras jurisdicciones apenas contamos con jurisprudencia sobre el daño en sí.

³³ Sobre el beneficio ilícito y su relación con las acciones por daños y perjuicios, véase *Kersting*, NZKart 2022, 659.