

De nuevo la batalla por la cuantificación del daño y la estimación judicial: La STJUE *Tráficos Manuel Ferrer*

Again, the battle of harm quantification and judicial estimation: The CJEU ruling *Tráficos Manuel Ferrer*

FERNANDO DíEZ ESTELLA

*Profesor Titular acreditado de Derecho Mercantil
Universidad Antonio de Nebrija*

ORCID ID: 0000-0002-5011-0051

Recibido:14.06.2023 / Aceptado:12.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8097

Resumen: A punto de cumplirse una década desde la aprobación de la Directiva 2014/104/UE, de daños derivados de ilícitos anticompetitivos, si bien los principios que la inspiran están ya firmemente asentados, su aplicación práctica ha encontrado un sinfín de problemáticas, tanto sustantivas como procesales. El principal obstáculo al que, hoy en día, se enfrentan quienes ejercen su derecho a ser indemnizados es sin duda la cuantificación del daño. Junto a las herramientas de acceso a las fuentes de prueba, o las presunciones para redistribuir las cargas probatorias en el proceso, se ha configurado la facultad de estimación judicial del daño resarcible. En este comentario se analiza esta novedosa figura, al hilo de la Sentencia del TJUE en el asunto *Tráficos Manuel Ferrer*, así como la jurisprudencia española al respecto, como la emanada del Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia, y las trascendentales sentencias del Tribunal Supremo de junio de 2023. Pese a que todavía quedan aspectos por perfilar, todos estos pronunciamientos han delimitado cuando se puede y cuando no se puede hacer uso de esta facultad.

Palabras clave: aplicación privada, acciones de daños, cuantificación del daño, estimación judicial.

Abstract: Almost a decade after the approval of Directive 2014/104/EU on damages arising from anticompetitive offenses, although the principles that inspire it are now firmly established, its practical application has encountered a myriad of problems, both substantive and procedural. The main obstacle faced today by those who exercise their right to compensation is undoubtedly the quantification of the damage. Together with the tools of access to the sources of evidence, or the presumptions to redistribute the burden of proof in the process, the possibility of judicial estimation of the compensable damage has been configured. This commentary analyzes this novel figure, following the CJEU Judgment in the *Tráficos Manuel Ferrer* case, as well as the Spanish jurisprudence in this respect, such as the emanating from the Commercial Court nº 3 of Valencia, and essentially the landmark Supreme Court's sentences of June 2023. Although there are still some aspects to be defined, all these pronouncements have delimited when it is possible and when it is not possible to make use of this capacity.

Keywords: private enforcement, damages actions, harm quantification, judicial estimation of damages.

Sumario: I. Introducción: casi una década desde la aprobación de la Directiva 2014/104/UE, ¿dónde estamos? II. La función disuasoria de la aplicación privada del Derecho de la Competencia y los principios de indemnidad y efectividad. III. Reclamaciones contra el “cártel de los camiones”: cuantificación del daño, informes periciales y exigencias probatorias. IV. La STJUE de 16 de febrero

de 2023: Condiciones para hacer uso de la facultad judicial de estimación del daño. 1. El “precedente” de la *STJUE DAF Trucks NV y AB Volvo*. 2. La cuestión prejudicial: el Auto del Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia, de 10 de mayo de 2021. 3. El pronunciamiento en *Tráficos Manuel Ferrer*. V. La respuesta del Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia: sentencia núm. 24/2023, de 10 de marzo de 2023. 1. Cuándo se puede (y se debe) emplear la facultad de estimación judicial. 2. Cuando no se puede (o no se debería) emplear la facultad de estimación judicial. 3. Propuesta de estándar para acudir a la estimación judicial. VI. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo de junio de 2023. VII. Conclusiones.

“La plena eficacia del artículo 85 del Tratado y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apdo. 1 se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o falsear el juego de la competencia”

TJCE, Sentencia de 2001 *Courage* (Apdo. 26).

I. Introducción: casi una década desde la aprobación de la Directiva 2014/104/UE, ¿dónde estamos?

1. El pasado 16 de febrero de 2023 el Tribunal de Justicia de la UE dictó la esperada sentencia en el asunto *Tráficos Manuel Ferrer*¹, que da respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia, con relación a una reclamación de daños derivada del conocido cártel de los fabricantes de camiones, sancionado² por la Comisión Europea.

2. Aunque uno de los aspectos de este pronunciamiento que más eco ha tenido en los medios de comunicación jurídicos ha sido el relativo a las costas procesales, en este comentario vamos a fijarnos sobre todo en la otra gran cuestión a la que da respuesta: la problemática relativa a la cuantificación del daño y la novedosa facultad de estimación judicial. Y lo haremos en relación con la previa sentencia del TJUE en el asunto *DAF Trucks y AB Volvo*³, sobre la misma cuestión debatida, ya que ambas han de interpretarse conjuntamente.

3. Por otro lado, se analizará también la Sentencia⁴ del Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia, de 10 de marzo de 2023, que da “cumplimiento” al pronunciamiento del TJUE, para lo que será preciso exponer brevemente los problemas generales que plantea cuantificar el daño provocado por el cártel de los fabricantes de camiones, desde la perspectiva de los reclamantes, y las dificultades -procesales y sustantivas- a las que éstos se enfrentan. Y, muy especialmente, se reseñarán las trascendentales sentencias del Tribunal Supremo de junio de 2023, las primeras que se dictan resolviendo recursos de casación en el “cártel de los camiones”.

4. En España desde la aprobación de la actual LDC no cabía ninguna duda⁵ que nuestro sistema *antitrust* contemplaba las acciones de daños derivados de ilícitos anticompetitivos. En el ámbito de la UE, desde la histórica sentencia en el asunto *Courage c. Crehan*⁶, del año 2001, se había reconocido por parte del entonces TJCE (Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea) como un derecho esencial

¹ STJUE (Sala Segunda) de 16 de febrero de 2023, As. C-313/21 (ECLI:EU:C:2023:99).

² Decisiones de 19 de julio de 2016 y de 27 de noviembre de 2017 (Asunto AT.39284).

³ STJUE (Sala Primera) de 22 de junio de 2022, As. C-267/20, de (ECLI:EU:C:2022:494).

⁴ SJMerc. nº 3 Valencia, de 10 de marzo de 2023 (ECLI:ES:JMV:2023:548).

⁵ *Vid.*, por todos, J. PÁSSAS, y J. PÉREZ, “Reclamaciones de daños y perjuicios derivados de la infracción de la normativa sobre competencia”, en A. CREUS (ed.), *La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Jornada de estudio de la AEDC*, Ed. Wolters Kluwer (2008), pp. 249-278.

⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, As. C-453/99, *Courage Ltd c. Bernard Crehan*, Rec. 2001 p. I-6297.

de los perjudicados por un ilícito anticompetitivo la obtención de un resarcimiento patrimonial por los daños sufridos. Este principio de la “plena compensación”, de indemnidad para los quien ha sufrido un daño económico, se consagra ahora como uno de los pilares de la aplicación privada del Derecho de la Competencia en la UE.

5. Poco tiempo después de *Courage*, en el año 2006, la sentencia del TJCE en el asunto *Manfredi*⁷ desarrollaría aún más este principio, estableciendo que las normativas nacionales no podían obstaculizar este resarcimiento efectivo de las víctimas de una conducta antitrust. Desde los primeros análisis que se hicieron de este proceso de privatización del derecho de competencia⁸ se puso de manifiesto que tanto en el ordenamiento jurídico español como en el de la UE existían cauces procesales para reclamar una indemnización por el daño sufrido, pero su efectividad real era prácticamente nula⁹.

6. En efecto, este proceso de modernización y descentralización no produjo avance alguno en el ámbito de las reclamaciones patrimoniales, que seguían siendo en España -y en el resto de los estados miembros de la UE- prácticamente inexistentes. Existía, como ha quedado dicho, la posibilidad teórica, pero no era un sistema eficaz, debido a los múltiples obstáculos existentes que impedían la realidad de un “marco normativo realmente eficaz para obtener la reparación de los daños causados por infracciones al Derecho de la competencia”¹⁰.

7. Este proceso de privatización y descentralización del *enforcement* antitrust experimentó, hace ya casi una década, un renovado y definitivo impulso con la aprobación de la Directiva¹¹ 2014/104/UE en materia de ejercicio de acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia. En España, esta profunda transformación se ha incorporado al derecho interno por Real Decreto-Ley¹² 9/2017, de 26 de mayo.

8. La incorporación de la Directiva de daños a nuestro derecho interno, y su aplicación por los jueces y tribunales españoles en estos primeros compases de su vigencia, ha experimentado las fases típicas de todo proceso legislativo novedoso: desconcierto inicial, pronunciamientos contradictorios, consolidación y maduración del sistema. A la postre, una de las herramientas que más ha contribuido a clarificar aquellos aspectos -tanto en el plano sustantivo como en el procesal- dudosos, ha sido la elevación al TJUE por parte de los órganos jurisdiccionales de cuestiones prejudiciales. Precisamente una de ellas es la que da pie al pronunciamiento que será objeto de análisis en estas páginas¹³.

⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 13 de julio de 2006, Asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*.

⁸ C. HERRERO SUÁREZ, “La aplicación privada del Derecho de la Competencia Europeo: El Libro Blanco en materia de Acciones de Daños y Perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de Defensa de la Competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 3, Año 2008.

⁹ Se trata del antiguo artículo 13.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que establecía una suerte de “prejudicialidad” administrativa, de modo que sólo sobre la base de una Resolución firme de la Autoridad correspondiente podían los particulares entablar la acción de daños y perjuicios ante la jurisdicción civil. Esto suponía un interminable proceso, calificado con acierto como “el largo camino hacia el resarcimiento patrimonial”; A. CREUS, “La privatización del Derecho de la Competencia”, *Gaceta Jurídica de la Competencia*, nº 200 (1999), pág. 55.

¹⁰ C. FERNÁNDEZ-VICIÉN, “La eficiencia real del Derecho de la Competencia: la indemnización de los daños causados”, en S. MARTÍNEZ-LAGE y A. PETITBÓ JUAN (Dir.), *La modernización del Derecho de la Competencia*, Ed. Marcial Pons – Fundación Rafael del Pino, Madrid 2005, pág. 171.

¹¹ Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014 que establece determinadas normas por las que se rigen, en virtud del Derecho nacional, las acciones de daños resultantes de las infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, D.O.U.E. L349/1, de 5 de diciembre de 2014, pp. 5 a 19.

¹² Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, B.O.E. núm. 126, pág. 42820, de 27 de mayo de 2017.

¹³ Puede encontrarse un comentario más temprano y breve a la sentencia del TJUE *Tráficos Manuel Ferrer* en F. DíEZ ESTELLA, “Cuándo se puede -y cuándo no- acudir a la estimación judicial del daño”, en *Almacén de Derecho*. 20 de abril de 2023. Disponible en: <https://almacendederecho.org/cuando-se-puede-y-cuando-no-acudir-a-la-estimacion-judicial-del-dano> (último acceso el 14 de junio de 2023).

9. En este histórico pronunciamiento de 16 de febrero de 2023 en el Asunto C-312/21, *Tráficos Manuel Ferrer, S.L. y Daimler AG*, el TJUE resuelve una cuestión prejudicial planteada¹⁴ por el Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia, respecto al tema de las costas judiciales y la facultad de estimación del daño, en el contexto de una reclamación de daños derivados del conocido “cártel de los camiones”.

10. Como es sabido, la facultad de estimación del daño que el art. 17 de la Directiva 2014/104/UE y el correspondiente art. 76.2 LDC conceden al juez puede ejercitarse cuando se acredita que el demandante los sufrió y resulta prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlos con precisión¹⁵. Y es tarea ciertamente difícil, ya que esta cuantificación no puede hacerse -como en otros ámbitos de la responsabilidad civil por daños- midiendo el quebranto patrimonial cierto y preciso, sino recreando un escenario hipotético contrafactual: estimando cuál sería el precio que habría pagado el adquirente del camión en condiciones de un mercado competitivo, no cartelizado. Esta es, sin duda, la tarea más compleja a resolver en una litigación de daños derivados de un cártel, el núcleo del problema. Como afirmara, por ejemplo, la AP de A Coruña, en una sentencia¹⁶ de 8 de febrero de 2021: “*La demostración del daño particularmente sufrido por los demandantes es el punto central del litigio*” (FD 6º, apartado 30).

11. Para el desarrollo de este trabajo se seguirá el siguiente esquema. Tras este primer epígrafe de introducción se examinará, en el apartado II, en el contexto -más amplio- de la complementariedad de la aplicación pública y privada, como el TJUE lleva a cabo sustanciosas consideraciones sobre la función disuasoria (y no meramente resarcitoria) de las acciones de daños. Y, en respuesta a las consideraciones que a su vez hace el órgano jurisdiccional español remitente, cómo juega en este ámbito el principio comunitario de *efectividad*. A continuación, en el apartado III se examinará el presupuesto que da origen a la cuestión prejudicial: el problema de la cuantificación del daño, y el papel que juegan los informes periciales, y el estándar de exigencia probatoria que es razonable pedirles. Seguidamente, en el apartado IV analizaremos el planteamiento de la cuestión prejudicial por parte del Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia, en su Auto de 10 de mayo de 2021, la respuesta que da la Sentencia del TJUE *Tráficos Manuel Ferrer*, del pasado 16 de febrero de 2023. Evidentemente, no podemos llevar a cabo un análisis completo de la misma, y ello obligará a obviar algunos puntos, dignos del máximo interés, y objeto de la cuestión prejudicial, como es el tema de las costas procesales. En este comentario nos centraremos exclusivamente en la delimitación que hace el TJUE de la facultad de estimación del juez. En el apartado V se analiza el pronunciamiento del Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia, de 10 de marzo de 2023. En el apartado VI haremos una breve reseña de las trascendentales sentencias dictadas por el Tribunal Supremo español en junio de 2023, que sientan definitivamente doctrina sobre la facultad de estimación judicial (entre otras cuestiones). Finalmente, en el apartado VII, se ofrecen una serie de conclusiones y valoración global de las cuestiones examinadas.

II. La función disuasoria de la aplicación privada del Derecho de la Competencia y los principios de efectividad e indemnidad

12. En todos los debates previos a la aprobación de la Directiva 2014/104/UE se insistió infatigablemente en la complementariedad entre la aplicación pública y la aplicación privada del Derecho de la Competencia, como sistemas que están llamados a complementarse, no a ser sustitutivo uno del otro. Esto corresponde al entendimiento de que cada uno tiene sus propios objetivos en el marco del fin

¹⁴ Auto de 10 de mayo de 2021, Rec. Núm. 1017/2019 (ECLI:ES:JMV:2021:681A), del Magistrado Eduardo Pastor Martínez.

¹⁵ F. GARCÍA DE LA VEGA, “Análisis del Artículo 76 LDC”, en J. FOLGUERA y J. MASSAGUER (Dir.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Ed. Civitas, 6ª Ed., Madrid 2020, págs. 1680 y ss.

¹⁶ Sentencia núm. 42/2021, de 8 de febrero de 2021 (Ponente: Pablo Sócrates González-Carrero) ECLI:ES:APC:2021:21). Acude el magistrado a la *Guía Práctica de la Comisión Europea sobre cuantificación del daño en demandas por infracción de los artículos 101 y 102 TFUE*, y como la Guía recuerda, señala que “*es imposible saber con certeza cómo habría evolucionado exactamente un mercado si no se hubiera producido la infracción*” (FD 6º, n. 33).

común de la defensa de la competencia: el *public enforcement* busca el efecto disuasorio (*deterrence*) a través de la política sancionadora, mientras que el *private enforcement* busca el resarcimiento patrimonial de los perjudicados por una práctica anticompetitiva.

13. Ello no impidió que se cuestionara si el previsible desarrollo de las acciones de daños llevaría a un detrimento del *public enforcement*: “la aplicación pública y privada del derecho de la competencia deben apoyarse mutuamente e interactuar de forma coordinada, logrando que la intensificación y aumento de las reclamaciones de daños no perjudique la aplicación administrativa de la norma”¹⁷. Este debate ha ocupado un papel muy señalado en las sentencias que se han ido dictando al hilo de cuestiones prejudiciales en torno al cártel de los camiones. Así, en la reciente decisión *Sumal c. Mercedes*¹⁸ señala el TJUE que:

“al igual que la aplicación de las normas de competencia de la Unión por las autoridades públicas (*public enforcement*), las acciones de resarcimiento por daños y perjuicios por infracción de tales normas (*private enforcement*) forman parte integrante del sistema de aplicación de estas normas, que tiene por objeto sancionar los comportamientos de las empresas contrarios a la competencia y disuadirlas de incurrir en ellos” (apartado 37).

14. Esta rotunda afirmación se apoya explícitamente en la no menos reciente sentencia *Skanska*¹⁹, que también resuelve una cuestión prejudicial al hilo de las reclamaciones de daños antitrust. Como puede deducirse de la literalidad de la expresión, asigna a la aplicación privada la función disuasoria que siempre se ha considerado como propia (¿y exclusiva?) de la aplicación pública del Derecho de la Competencia. En sus conclusiones a otro asunto similar (discutiendo sobre el concepto de “empresa”²⁰, y quiénes son los destinatarios de las normas de competencia, y en qué medida los infractores son los responsables a efectos de la reclamación de daños en el cártel de los camiones), ya había manifestado el A.G. Wahl con toda rotundidad que: “Al utilizar expresiones categóricas como derechos y eficacia del Derecho de la competencia de la Unión, el Tribunal de Justicia recalcó especialmente la función disuasoria de las demandas de indemnización de daños por infracción del Derecho de la competencia de la Unión”²¹. Por su parte, en *Sumal c. Mercedes* el TJUE sigue con un discurso igualmente explícito en este mismo sentido: “más allá de la propia reparación del perjuicio alegado, la apertura de este derecho contribuye a la consecución del objetivo disuasorio que se halla en el centro de la acción de la Comisión” (apartado 36).

15. Todo esto tiene gran relevancia también para el caso *Tráficos Manuel Ferrer*. El actual sistema de *enforcement* “bifurcado”²² (público y privado) persigue la disuasión como objetivo principal, lo que no excluye la búsqueda de compensación por los daños causados por las prácticas anticompetitivas de las prácticas anticompetitivas. Por lo tanto, las dos ramas que componen el sistema de aplicación,

¹⁷ D. CASTRO-VILLACAÑAS, “La transposición de la *Directiva de Daños* de 2014 y la interacción entre aplicación pública y aplicación privada del Derecho de la Competencia”, en *Anuario de la Competencia 2015*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2016, pág. 445.

¹⁸ STJUE (Gran Sala) de 6 de octubre de 2021, *Sumal, S. L., contra Mercedes Benz Trucks España, S.L.*, As. C-882/19 (ECLI:EU:C:2021:800).

¹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 14 de marzo de 2019, As. C-724/17, *Skanska Industrial Solutions y otros* (ECLI:EU:C:2019:204), apartado nº 45.

²⁰ Sobre esta cuestión, permítase la referencia a F. DíEZ ESTELLA, “En búsqueda de un concepto de “empresa” en el Derecho de la competencia: la STJUE *Sumal c. Mercedes Benz*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14 (2), septiembre de 2022, págs. 319-347.

²¹ Conclusiones del Abogado General Wahl, presentadas el 6 de febrero de 2019, Asunto C 724/17, *Vantaan kaupunki contra Skanska Industrial Solutions Oy NCC Industry Oy Asphaltmix Oy* (ECLI:EU:2019:100), apartado 29.

²² Sigue el AG Wahl, en las citadas Conclusiones en *Skanska* profundizando en esta cuestión, y habla de dos ramas que han de considerarse como un único sistema: “Ello se debe a que una demanda civil de indemnización por daños y perjuicios, al igual que la aplicación del Derecho de la competencia en el ámbito público por las autoridades de defensa de la competencia, también persigue —aunque por un mecanismo distinto— disuadir a las empresas de llevar a cabo comportamientos contrarios a la competencia. En efecto, como *Vantaan kaupunki* señaló, la aplicación en el ámbito público y la aplicación en el ámbito privado del Derecho de la competencia de la Unión forman parte de un sistema completo, aunque con dos ramas, que ha de considerarse como un todo.” (Apartado 76).

persiguen un objetivo común, a saber, la disuasión del comportamiento anticompetitivo²³. Y más allá de la sanción económica en vía administrativa, sería muy poco “disuasorio” para la empresa infractora que debido a dificultades procesales o a la asimetría informativa en la que habitualmente se encuentra el demandante de daños derivados de una práctica anticompetitiva, la responsable quedara “impune”, y no se pudiera hacer efectiva su obligación de resarcir el perjuicio económico causado.

16. Es por ello que el pronunciamiento en *Tráficos Manuel Ferrer* recoge (apartado 4) el Considerando nº 11 de la Directiva 2014/104/UE: “Todas las normas nacionales que regulan el ejercicio del derecho a resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por una infracción de los artículos 101 o 102, incluidas las relativas a aspectos no abordados en la presente Directiva, como el concepto de relación causal entre la infracción y los daños y perjuicios, han de observar los principios de efectividad y equivalencia. Ello quiere decir que no se deben formular o aplicar de manera que en la práctica resulte imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho a resarcimiento garantizado por el TFUE”.

17. Y, seguidamente, en el apartado 9 del marco jurídico en el que va a pronunciarse, recoge el TJUE el Considerando nº 45 de la Directiva de Daños: “La cuantificación del perjuicio ocasionado en casos de infracción del Derecho de la competencia puede constituir, por lo tanto, un obstáculo significativo que impide la eficacia de las reclamaciones de daños y perjuicios”. De ahí que, como se puede fácilmente apreciar, la cuantificación del daño lejos de ser un aspecto más del procedimiento, o una cuestión meramente relegada a los peritos económicos y sus informes, puede erigirse en un impedimento de la eficacia de todo el sistema.

18. Es más, como acertadamente señala el TJUE en el párrafo nº 41 de su pronunciamiento del pasado 16 de febrero de 2023, “*el legislador de la Unión partió de la apreciación de que la iniciativa del sector público, es decir, de la Comisión y de las autoridades nacionales de la competencia, para combatir los comportamientos contrarios a la competencia no era suficiente a efectos de garantizar el pleno respeto de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE, y de que debía facilitarse al sector privado la posibilidad de contribuir al cumplimiento de ese objetivo*”. Este razonamiento está en el trasfondo del pionero pronunciamiento de 20 de febrero de 2019²⁴ del Magistrado Pastor, que integra en delicado equilibrio los principios de efectividad e indemnidad, junto con los de debido respeto al derecho de defensa del demandado.

19. Así, señala (apartado 90) que: “Una empresa cartelista también es beneficiaria del principio de efectividad que establece la Directiva de daños. La regla de indemnidad debe excluir, de igual manera, escenarios de sobrecompensación tanto como los de infracompensación. Sin embargo, sin alteración de esas reglas de indemnidad y efectividad, hay consecuencias que normalmente deben seguirse de escenarios de insuficiencia probatoria (...). Pero, en la aplicación privada del derecho de la competencia, la regla de vinculación a lo resuelto por la autoridad de competencia, el principio de efectividad, el juego de presunciones o la distribución de funciones procesales basadas en la constatación de asimetrías informativas, pueden determinar que, en escenarios como el presente, el juez haga uso de sus facultades de estimación relativa de los daños sufridos por ese actor, que son el corolario de la regla *ex re ipsa* en su formulación plena y conforme con la Directiva de daños”.

20. Aplicación pública y privada son, por tanto, dos dimensiones de una misma realidad: la existencia de conductas contrarias a la libre competencia, que causan un perjuicio al mercado, a las empresas

²³ Este razonamiento es igualmente recogido por el profesor J. ALFARO ÁGUILA-REAL, en un comentario precisamente a la Sentencia del Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia, de 20 de febrero de 2019, cuyo ponente es el Magistrado Eduardo Pastor y a la que haremos abundantes referencias en los siguientes apartados. “Cártel de camiones: estimación judicial de la cuantía del daño y legitimación pasiva de la filial nacional del grupo sancionado”, en el blog *Almacén de Derecho*, 4 de marzo de 2019. Disponible en: <https://almacendederecho.org/cartel-de-camiones-estimacion-judicial-de-la-cuantia-del-dano-y-legitimacion-pasiva-de-la-filial-nacional-del-grupo-sancionado> (último acceso el 7 de junio de 2023).

²⁴ Sentencia del JMerc. nº 3 de Valencia, de 20 de febrero de 2019 (ECLI:ES:JMV:2019:34).

competidoras de las infractoras, y en última instancia -y en todo caso- a los consumidores. Citando la jurisprudencia *PACCAR* y otros²⁵, lo sintetiza el TJUE en el apartado 42 de su sentencia, respondiendo a la primera de las cuestiones prejudiciales planteadas por el juzgado valenciano: “*Esta participación del sector privado en la sanción pecuniaria y, por ende, en la prevención de comportamientos contrarios a la competencia es tanto más deseable si se tiene en cuenta que no solo permite poner remedio al daño directo que la persona en cuestión alegue haber sufrido, sino también a los daños indirectos causados a la estructura y al funcionamiento del mercado, que no ha podido desplegar su plena eficacia económica, en particular en beneficio de los consumidores afectados*”.

21. Como ha señalado en una publicación doctrinal precisamente el magistrado que elevó la cuestión prejudicial, “de alguna manera, debe considerarse también que la aplicación privada del derecho de la competencia coadyuva a la consecución de los fines de la aplicación pública de este derecho, que son los de inhibir conductas ilícitas”²⁶. Otros autores van aún más allá, llegando a afirmar que la función disuasoria “es la que vertebra el sistema de responsabilidad civil por infracciones del Derecho de la Competencia”²⁷.

22. De ahí que se haya previsto, ante las dificultades probatorias y otra serie de problemas que se examinarán en los siguientes apartados, la facultad de estimación judicial, como solución de último recurso, en caso de que todo lo anterior no sea suficiente, porque fallaría la efectividad del Derecho de la Competencia y no se estaría respetando el principio de indemnidad de los perjudicados por dichas prácticas. Pero, y esa es la clave del pronunciamiento del TJUE en *Tráficos Manuel Ferrer*, su ejercicio está sometido a ciertas limitaciones, y al cumplimiento de una serie de presupuestos y requisitos. Y, naturalmente, lo mismo²⁸ señalan las sentencias del Tribunal Supremo de junio de 2023.

III. Acciones de reclamación de daños contra el “cártel de los camiones”: cuantificación, informes periciales y exigencias probatorias

23. Tras una amplia investigación, las oportunas inspecciones domiciliarias, y la incoación de un expediente sancionador, la Comisión Europea concluyó que los fabricantes MAN, Volvo/Renault, Daimler, Iveco y DAF habían llegado a acuerdos secretos para repercutir sobre sus compradores los costes de cumplimiento con la normativa de emisiones. Así mismo, y según consta en la Decisión²⁹ *Camiones* (As. AT.39824), el cártel se extendía a las fechas en las que introducían ciertas tecnologías, y la coordinación de precios mayoristas, en la venta de camiones medios (entre 6 y 16 toneladas) y grandes (más de 16 toneladas).

24. Consecuentemente, el 19 de julio de 2016 la Comisión impuso a dichas empresas una astronómica sanción, de 2.926 millones de euros, por participar en un cártel que afectó, durante 14 años (desde 1997 hasta 2011), a prácticamente toda la zona euro. El 27 de septiembre de 2017 “completó” la sanción al cártel de los camiones con una multa de 880 millones de euros a SCANIA, que no se había

²⁵ STJUE de 10 de noviembre de 2022, As. C-163/21 (ECLI:EU:C:2022:863), apartado nº 56 y ss.

²⁶ E. PASTOR MARTÍNEZ, “Acciones «follow on»: la estimación judicial del daño en la práctica reciente de la jurisprudencia española”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 317 (2020), pág. 16.

²⁷ J. MARTÍ MIRAVALLS, “Cuestiones sustantivas sobre las reclamaciones de daños en el marco del cártel de los fabricantes de automóviles”, en *Nuevos horizontes del Derecho de la Competencia*, Ed. Ateliers, Valencia 2021, pág. 18.

²⁸ Habida cuenta de que los razonamientos y las palabras con que se verbalizan son prácticamente iguales en cada una de las quince sentencias dictadas los días 12, 13 y 14 de junio de 2023, para mayor claridad en la exposición cuando hagamos referencias a esta doctrina será a partir únicamente de ellas, dejando constancia de idénticas ideas y expresiones pueden perfectamente encontrarse en las restantes. Se trata de la Sentencia núm. 947/2023, de 14 de junio de 2023 (ponente, Sr. D. Juan María Díaz Fraile), que resuelve el recurso contra el pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de enero de 2020.

²⁹ Decisión C (2016) 4673 final, de 19 de julio de 2016, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE, Asunto AT.39824 – *Camiones*, DOUE 2017 C/108, pág. 6. El texto público de la Decisión está disponible en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39824/39824_6567_14.pdf

acogido al régimen transaccional como el resto de las empresas en el expediente sancionador, y por tanto siguió un procedimiento distinto³⁰. Hace poco más de un año, con fecha 2 de febrero de 2022, el TGUE ha desestimado³¹ el recurso de Scania y por tanto ha confirmado la existencia de una infracción única y continuada, así como su participación junto al resto de los integrantes del *cártel de los camiones*.

25. Las tres conductas infractoras fueron: 1) acuerdos o prácticas concertadas sobre la fijación de precios y los aumentos de precios brutos con el fin de alinearse; 2) acuerdos o prácticas concertadas sobre el calendario para la introducción de las tecnologías de emisiones de CO₂ exigida por las normas EURO3 a EURO6; 3) acuerdos o prácticas concertadas para la repercusión a los compradores del coste de introducción de dichas tecnologías.

26. Al poco tiempo de publicarse la sentencia, y precisamente sobre el tema que estamos analizando aquí, ya se puso de manifiesto³² por parte de la doctrina que más ha trabajado sobre las reclamaciones de daños derivadas de dicho *cártel*, que la información disponible no iba a facilitar, de modo sencillo, una cuantificación del daño sufrido por los adquirentes finales de los camiones. Para complicar más las cosas, no se puede olvidar que el acuerdo entre los fabricantes no se materializó en concretas subidas de precios (como suele ocurrir con los *cárteles duros*), sino en otros aspectos de su comportamiento, que si bien es innegable que falsean la libre competencia (intercambio de información, alineamiento de conductas, coordinación de actuaciones, entendimiento sobre precios brutos, etc.), es complicado calcular con exactitud en qué medida se produjo el daño para los adquirentes de los camiones, fueran concesionarios o clientes finales.

27. Con todo, no tardaron en llegar las primeras resoluciones judiciales pronunciándose sobre reclamaciones de daños contra los fabricantes de camiones, como la sentencia³³ de 16 de octubre de 2018, de las primeras en España en que un Juez de lo Mercantil estima una reclamación de daños derivados de este *cártel*, en concreto contra la empresa *VOLVO Group España, S.A.*, por importe de €128.756,78.

28. Hoy, y sólo en España, superan el millar las sentencias dictadas en primera instancia por los Juzgados de lo Mercantil resolviendo este tipo de reclamaciones, y por cientos las de las Audiencias Provinciales respectivas resolviendo recursos de apelación³⁴. Es fácil imaginar el amplio abanico de problemáticas tanto sustantivas como procesales que el ejercicio de estas acciones ha planteado, y los jueces han ido resolviendo, con planteamientos necesariamente novedosos, no siempre acertados, y que la segunda instancia ha ido -según qué casos- confirmando o revocando.

29. Los pasados 10 y 11 de mayo de 2023 se celebraron las primeras vistas orales sobre los asuntos que han llegado ya en casación al Tribunal Supremo, y de forma un tanto sorpresiva entre los días 12 y 14 de junio de 2023 se han dictado las correspondientes sentencias, quince en total, que resuelven los recursos planteados. Iremos incorporando los pronunciamientos en los respectivos epígrafes de este comentario, y dedicaremos un apartado final a una reseña general de estas trascendentales sentencias. Baste por ahora señalar que desestiman todos los recursos planteados por los fabricante de camiones.

³⁰ Decisión C (2017) 6467 final, de 27 de septiembre de 2017, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE, Asunto AT.39824 – *Camiones*.

³¹ Sentencia del TG de la UE (Sala Décima ampliada), de 22 de febrero de 2022, As. T-799/17, *Scania c. Comisión Europea*.

³² F. MARCOS FERNÁNDEZ, “El cálculo de los daños causados por el *cártel* de los fabricantes de camiones”, 11 de julio de 2018, en el blog *Almacén de Derecho*, disponible en: <http://almacenederecho.org/calculo-los-danos-causados-cartel-los-fabricantes-camiones/> (última consulta el 20 de mayo de 2023).

³³ Sentencia del Juzgado Mercantil nº 1 de Murcia, núm. 288/2018, de 15 de octubre de 2018.

³⁴ Sin duda el autor que está haciendo un seguimiento más exhaustivo y prácticamente en tiempo real de esta ingente producción jurisprudencial es el profesor FRANCISCO MARCOS. Para una relación completa de las sentencias dictadas a enero de 2022, *Vid.*, “Jurisprudencia menor sobre los daños causados por el *cártel* de camiones”, *Blog Almacén de Derecho*, 21 de enero de 2022, disponible en: <https://almacenederecho.org/jurisprudencia-menor-sobre-los-danos-causados-por-el-cartel-de-camiones> (última consulta el 10 de mayo de 2023).

30. Así, en estos primeros compases de aplicación privada del Derecho de la Competencia se han planteado, entre otras, las siguientes problemáticas³⁵: interpretación del derecho español conforme a la Directiva 2014/104/UE; jurisdicción competente para conocer de las demandas; legitimación activa y pasiva; efecto vinculante de la decisión de la Comisión; plazo de prescripción de la acción de daños y determinación del *dies a quo*; litisconsorcio pasivo necesario; presunción de daño *in re ipsa*, valoración de los dictámenes periciales; estimación judicial del daño; valoración de la defensa *passing-on*; etc. Naturalmente, excedería con creces el ámbito de este comentario entrar a analizar en detalle cada una de esas problemáticas; nos centraremos en una de ellas, la facultad de estimación judicial, ya que es la que ha suscitado (junto con el tema de las costas procesales) la cuestión prejudicial que resuelve el TJUE en su sentencia objeto de comentario aquí.

31. En este contexto de “hiperlitigación”, con las controversias e incertidumbres anteriormente apuntadas, y habiendo transcurrido ya casi una década desde la aprobación de la Directiva 2014/104/UE, y un lustro desde su transposición a derecho interno a través del RD Ley 9/2017, no hay dudas de que la cuestión que está resultando más problemática -con diferencia- en el ejercicio de acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos es la cuantificación del daño.

32. Esto es así, en primer lugar, porque esta cuantificación no puede hacerse -como en otros ámbitos de la responsabilidad civil por daños- midiendo el quebranto patrimonial cierto y determinado, sino recreando un escenario hipotético contrafactual: estimando cuál sería el precio que habría pagado el adquirente del camión en condiciones de un mercado competitivo, no cartelizado.

33. A este respecto, sigue siendo válida y perfectamente aplicable la temprana doctrina sentada por nuestro Tribunal Supremo, en su Sentencia³⁶ de 7 de noviembre de 2013, recaída en las acciones de daños causados por el cártel del azúcar, cuyo FD 7º marcó el modo de proceder para estas reclamaciones: “*comparando la situación real, consecuencia de la práctica restrictiva de la competencia, y la ‘situación hipotética contrafáctica’, esto es, la que hubiera acaecido de no producirse la práctica ilícita*”.

34. A estos efectos, la herramienta probatoria clave es el informe pericial³⁷ (que naturalmente ha de cumplir con todas las exigencias de la carga probatoria en nuestro proceso civil conforme al art. 217 LEC) del reclamante, que -sigue señalando el TS- debe estar elaborado de modo que “*formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos*”. Para ello, además de la propia *expertise* de los peritos, existe como es sabido una Guía Práctica de la Comisión Europea sobre cuantificación del daño en demandas por infracción de los artículos 101 y 102 TFUE. Pero, tal y como la propia Guía reconoce, y de esto se hace eco cualquier pronunciamiento judicial que tenga que conocer de una acción de daños de estas características “*es imposible saber con certeza cómo habría evolucionado exactamente un mercado si no se hubiera producido la infracción*”³⁸.

35. En segundo lugar, la complejidad de la cuantificación del daño se deriva de la evidente asimetría de información existente entre las partes en conflicto. La Sentencia del Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia de 10 de marzo de 2023 señala sin ambages que “*la principal manifestación de las dificultades de prueba sobre la cuantificación del daño es la asimetría de información existente entre las partes*”.

³⁵ Para una visión general de estas problemáticas, con referencia expresa al cártel de los camiones, permítase la referencia a F. DíEZ ESTELLA, “Problemáticas prácticas en las acciones de daños derivados de cárteles en España”, en AA.VV., *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos* (dir. J. M. BENEYTO PÉREZ / J. MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS), Aranzadi, 2019, págs. 687-732.

³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 651/2013, de 7 de noviembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5819).

³⁷ Sobre la valoración que se ha hecho de la prueba pericial en las más de 400 sentencias dictadas en primera instancia, y más de medio centenar en apelación, hasta diciembre de 2020 (ahora son ya muchas más), y analizando también en profundidad la facultad de estimación judicial a partir de estos pronunciamientos, consideramos imprescindible el estudio publicado por F. MARCOS: “Cuantificación del daño causado el cártel de los fabricantes de camiones. Exigencias probatorias y estimación judicial”, en el blog *Almacén de Derecho*, el 5 de diciembre de 2020. Disponible en: <https://almacenderecho.org/cuantificacion-del-dano-causado-el-cartel-de-los-fabricantes-de-camiones> (última consulta el 10 de abril de 2023).

³⁸ Sentencia de la AP Coruña, núm. 42/2021, de 8 de febrero de 2021 (ECLI:ES:APC:2021:21), FD 6º, apartado 33.

Como veremos seguidamente, el TJUE matiza un poco esta afirmación, y señala que la facultad de estimación judicial prevista por el art. 17.1 de la Directiva de Daños e incorporada a nuestro derecho interno en el art. 76.2 de la Ley de Defensa de la Competencia no tiene su fundamento último en la necesidad de subsanar esta asimetría.

36. Y, en tercer lugar, hay un obstáculo si se quiere más “prosaico”, pero no por ellos menos significativo que los dos anteriores, a la hora de erigirse en una barrera para el efectivo ejercicio de acciones de daños, y es el coste económico que estas reclamaciones comportan. Lo señala el considerando nº 45 de la Directiva 2014/104/UE: *“cuantificar el perjuicio causado en casos de Derecho de la competencia suele caracterizarse por la gran cantidad de elementos fácticos necesarios y puede requerir la aplicación de complejos modelos económicos. Ello suele ser muy costoso y los demandantes encuentran dificultades para obtener los datos necesarios para sustanciar sus pretensiones”*.

37. Este aspecto está presente en los pronunciamientos recientes del Tribunal Supremo, cuando reconoce que *“Sin que además podamos obviar la desproporción que se advierte fácilmente, en un caso como este, entre el interés litigioso y el coste que podría generarle la práctica de las diligencias necesarias para acceder a la documentación que pudiera ser relevante en ese caso concreto y la elaboración del posterior informe pericial. Desproporción que convertiría en claramente antieconómica la reclamación judicial del demandante”*³⁹.

38. Respecto a las exigencias probatorias del art. 217 LEC, ya la jurisprudencia ha recordado, en este ámbito concreto de las acciones de daños antitrust y en una interpretación conforme a la Directiva 2014/104/UE, éstas se “invierten” en favor del demandante, como ha señalado, por ejemplo, la ya citada Sentencia⁴⁰ del Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia, de 19 de febrero de 2019:

“por la aplicación de la regla a un proceso follow on en concordancia con asunciones razonables traídas del caso en cuestión, sí se lograba una interpretación flexible de los materiales probatorios que podían permitir, hipotética pero fundadamente, reconocer la existencia del daño seguido de la infracción, con alteración de las cargas probatorias para exigir al demandado la tarea de enervar la eficacia de la presunción” (FD 5º, 59).

39. Esto es así por la propia naturaleza de la reclamación y dado que una interpretación excesivamente rigurosa y formalista de la carga probatoria por parte del demandante haría imposible la cuantificación, habida cuenta de la dificultad inherente a esta labor y la evidente asimetría informativa entre las partes, con la consiguiente indefensión de los perjudicados.

40. Sin embargo, y aun contando con esta “flexibilización” del estándar de prueba, es evidente que, como ha reconocido la jurisprudencia *“ninguna recreación de un mercado no cartelizado será capaz de proporcionarnos otra cosa que una conjetura razonable”*⁴¹. Y esta conjetura no siempre convence al juzgador, ni siempre puede hacerse de forma que no admita refutación. Y, como veremos en el epígrafe siguiente, siempre conlleva una gran dificultad para el reclamante de los daños.

41. Por lo que entra en juego la facultad de estimación del daño por parte del juez. No estamos ante un supuesto de falta de prueba -que obligaría a desestimar la demanda- ni de insuficiencia de la prueba -esta es una cuestión que se recoge en prácticamente todas las sentencias recaídas hasta la fecha: hacer constar el “esfuerzo probatorio” desplegado por los demandantes-, sino ante un contexto de dificultad probatoria.

³⁹ Sentencia núm. 947/2023, de 14 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2480), FD 10º, apartado 20.

⁴⁰ Sentencia núm. 34/2019 del Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia, de 19 de febrero de 2019 (ECLI:ES:JMV:2019:34).

⁴¹ Sentencia de la AP de A Coruña núm. 42/2021, de 8 de febrero de 2021 (ECLI:ES:APC:2021:21), FD 6º, n. 38.

42. En este mismo sentido, ¿supondría la exigencia de tener que demandar directamente a los fabricantes un obstáculo excesivo para un efectivo resarcimiento de las víctimas del cártel? Esta es otra de las cuestiones que aborda la Sentencia *Tráficos Manuel Ferrer*. Como hemos indicado en la introducción, aquí centraremos nuestro análisis en qué condiciones puede el juez nacional hacer uso de la facultad de estimación que prevé la Directiva 2014/104/UE, y que en nuestro ordenamiento ha consagrado el nuevo art. 76.2 LDC.

43. En un asunto muy similar a este, planteado un recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, este órgano suspendió el procedimiento y planteó al TJUE una cuestión prejudicial a través de un Auto⁴² de fecha 24 de octubre de 2019. Es interesante que la primera razón que da la AP (apartado 10) para justificar el planteamiento de la cuestión prejudicial es precisamente por las dificultades a las que tienen que enfrentarse los reclamantes de daños. Se dice que equivalen en la práctica a una suerte de falta de tutela judicial efectiva; en terminología muy propia del derecho antitrust, llega a calificar estas dificultades como de... ¡“una importante barrera de entrada en el procedimiento para los perjudicados”! (apartado 27).

44. Precisamente comentando la STS de 7 de noviembre de 2013, señala⁴³ en una publicación doctrinal la Magistrada de la Audiencia Provincial de Valencia las siguientes tres claves para entender la figura de la estimación judicial: 1) No a las soluciones salomónicas carentes de justificación; 2) Flexibilidad en la apreciación de la prueba no es igual a arbitrariedad y carencia de motivación; 3) No se acepta, como argumento válido de moderación, la falta de diligencia en el cumplimiento de la obligación del demandante de intentar mitigar el daño sufrido.

45. En efecto, ya en algún pronunciamiento había recalcado esta Magistrada que “no se trata de sustituir la pericia por la discrecionalidad, con el riesgo que ello entraña de banalización del proceso y de supresión del principio de carga de la prueba del año que incumbe al perjudicado”⁴⁴. El Tribunal Supremo también se pronuncia sobre este concreto aspecto, señalando categóricamente que “la recurrente alega que la Audiencia ha incurrido en arbitrariedad al hacer la estimación del daño y fijar su cuantía en el 5% del precio de adquisición de los camiones. Ya dijimos entonces que esta alegación confunde motivación manifiestamente irrazonable o arbitrariedad con arbitrio judicial”⁴⁵.

46. De ahí que siga la descripción de la facultad de estimación judicial la Magistrada de Valencia indicando que “esta facultad no está desconectada de los principios que configuran el sistema que atribuye al demandante la carga de la prueba (...). Lo que se pretende es dotar al juez de un instrumento de flexibilización respecto a la exigencia probatoria y de valoración de los informes periciales en términos de probabilidad y no de certeza”⁴⁶.

47. Naturalmente, y aunque en este comentario estamos continuamente calificando esta facultad como “novedosa”, no es porque no estuviera ya contemplada en nuestro ordenamiento, sino por su ejercicio concreto en el ámbito de la aplicación privada del Derecho de la Competencia. En efecto, los jueces y tribunales en nuestro país ya han hecho con anterioridad estimación judicial de daños, como por ejemplo en los seguros⁴⁷ de edificación y obra civil y en el campo de negligencia profesional⁴⁸.

⁴² Auto de la AP de Barcelona (Sección 15ª), núm. 775/2019, de 24 de octubre de 2019 (ECLI:ES:APB:2019:9370A).

⁴³ P. MARTORELL ZULUETA, “Culpabilidad y daños: cuantificación y reparación integral”, en *Acciones Follow-on. Reclamaciones de daños por infracciones del Derecho de la Competencia*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2018, pág. 95.

⁴⁴ Sentencia de la AP de Valencia (Sección 9ª), de 16 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:APV:2019:4152).

⁴⁵ Sentencia núm. 947/2023, de 14 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2480), FD 10º, apartado 13.

⁴⁶ P. MARTORELL ZULUETA, “Culpabilidad y daños...” (cit), pág. 96.

⁴⁷ *Vid.*, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) núm. 396/1996, de 10 de mayo de 1996 (ECLI:ES:TS:1996:3021).

⁴⁸ Igualmente, y con acertadas consideraciones sobre la naturaleza y alcance de la estimación judicial del daño, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 801/2006, de 27 de julio de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:5866). Señala, en efecto, que no es de aplicación “el criterio de la libre discrecionalidad del juzgador, propia de los daños morales, a un daño que, aun teniendo relación

48. De esto también da cuenta nuestro Tribunal Supremo, en sus sentencias de junio de 2023, al recordar que “*la facultad del juez de fijar la indemnización del daño producido por la conducta infractora del Derecho de la competencia mediante una estimación ya estaba reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como consecuencia necesaria del principio de indemnidad del perjudicado propio del art. 1902 CC y del art. 101 TFUE, antes incluso de la entrada en vigor de la Directiva y de la trasposición al Derecho interno del art. 17.1 de dicha Directiva*”⁴⁹.

IV. La STJUE de 16 de febrero de 2023: condiciones para hacer uso de la facultad judicial de estimación del daño

1. El “precedente” de la STJUE *DAF Trucks NV y AB Volvo*.

49. El precedente necesario de *Tráficos Manuel Ferrer* es la Sentencia del TJUE en el asunto *DAF Trucks y AB Volvo*⁵⁰, dictada en respuesta a la cuestión prejudicial planteada⁵¹ por la Audiencia Provincial de León, también en el contexto de la litigación de daños derivados del cártel de los camiones. La cuestión principal en este asunto era el tema de la prescripción, en relación con las disposiciones transitorias de la Directiva y el sin duda tortuoso régimen que establece.

50. La solución aportada por el TJUE ha sido de una formulación un tanto “laberíntica”, y no será objeto de análisis aquí. En la tercera de las preguntas, el órgano remitente plantea -a los efectos de dilucidar qué régimen transitorio le es aplicable- si la facultad de estimación judicial prevista en el art. 76.2 LDC, interpretado a la luz del art. 17.1 de la Directiva 2014/104/UE, se trata de una norma de carácter procesal o de carácter sustantivo.

51. En su pronunciamiento *DAF Trucks y AB Volvo*, recuerda el TJUE (apartado 80) que “*los Estados miembros deben velar por que ni la carga de la prueba ni los estándares de prueba necesarios para la cuantificación del perjuicio hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento de daños y perjuicios*”. Y, tras invocar una vez más el principio de efectividad, habla (apartado 81) de las situaciones “*en las que sería prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar con precisión el importe exacto del daño sufrido*” y de que las previsiones contenidas en el artículo 17 de la Directiva tienen por objeto “*flexibilizar el nivel de prueba exigido para determinar el importe del perjuicio sufrido y subsanar la asimetría de información existente en detrimento de la parte demandante afectada*” (apartado 82). Este inciso es, evidentemente, una importante aclaración del contexto y circunstancias en que se reconoce esta novedosa facultad de estimación judicial en las reclamaciones de daños, y la finalidad con la que se introduce por la Directiva 2014/104/UE.

52. Al tratarse de normas relativas a la carga de la prueba y al nivel de prueba exigido de normas de carácter procesal, concluye el TJUE (apartado 85) conforme a reiterada jurisprudencia⁵², que “*el artículo 17, apartado 1, de la Directiva 2014/104 constituye una disposición procesal*”. Pero, como veremos en el siguiente epígrafe de este comentario, no ha de interpretarse que la STJUE en *Tráficos Manuel Ferrer* restringe el ámbito de aplicación de la facultad de estimación judicial; simplemente delimita sus perfiles, la “matiza”, como acertadamente ha señalado la jurisprudencia⁵³ que ya la incorpora

en su origen con la privación del ejercicio de un derecho fundamental, no tiene naturaleza moral, sino patrimonial, por más que lo incierto de su cálculo obligue a un juicio de valoración consistente en una previsión probabilística, formulada con la debida prudencia, acerca de la pérdida de oportunidades padecida en función de las posibilidades de buen éxito del recurso interpuesto en relación con el interés económico objeto de la reclamación” (FD 8°).

⁴⁹ Sentencia núm. 947/2023, de 14 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2480), FD 10°, apartado 14.

⁵⁰ STJUE (Sala Primera) de 22 de junio de 2022, As. C-267/20 (ECLI:EU:C:2022:494).

⁵¹ Auto de la Audiencia Provincial de León (Secc. 1ª), de 12 de junio de 2020 (ECLI:ES:APLE:2020:291A).

⁵² STJUE de 21 de enero de 2016, As. C-74/14, *Eturas y otros*, apartados 30 a 32 (ECLI:EU:C:2016:42).

⁵³ SJMerc. nº 15 de Madrid, núm. 22/2023, de 4 de abril de 2023, FD3.1 (ECLI:ES:JMM:2023:577).

en el ámbito de las reclamaciones de daños por el “cártel de los fabricantes de automóviles”. El Tribunal Supremo, en sus sentencias de Junio de 2023, dice que “ciñe”⁵⁴ su ámbito de aplicación. En efecto, en *DAF Trucks y AB Volvo*, el TJUE simplemente se limitó a responder a lo que se le plantea en la cuestión prejudicial: la naturaleza de la disposición, de cara a establecer su aplicación *ratione temporis*.

53. A título meramente informativo, ya que no es objeto de análisis en estas páginas, respecto al apartado 2º del Artículo 17 de la Directiva 2014/104/UE, relativo a la presunción de que las infracciones de cárteles causan daños, el TJUE en cambio señala (apartado 92) que al establecer una presunción, esta disposición no tiene finalidad meramente probatoria, y por tanto (apartado 97), “*tal norma puede calificarse como de sustantiva*”.

54. Lo que desde luego no hace el TJUE en este pronunciamiento es aclarar cuál es ese “umbral probatorio mínimo”, que en cierta manera parece eximir al demandante de un esfuerzo probatorio. Esto se lleva a cabo algo más detalladamente en *Tráficos Manuel Ferrer*. También aportan a esta cuestión las Conclusiones del AG Rantos en *DAF Trucks y AB Volvo*, cuando señala (apartado 75) que la presunción del daño “no retira la carga de la prueba ni la obligación principal que incumbe a la parte demandante de cuantificar y probar el importe del perjuicio sufrido. La mencionada disposición se limita a proporcionar únicamente a los órganos jurisdiccionales nacionales un método de cuantificación del importe del perjuicio, ofreciéndoles un margen de apreciación que les permita ajustar los estándares de prueba necesarios a efectos de la determinación del importe del perjuicio y aceptar, por tanto, un nivel de prueba inferior respecto del que normalmente se exige, cuando los demandantes tienen dificultades para cuantificar con precisión el perjuicio causado”⁵⁵. De ahí que, como se ha señalado acertadamente, “aunque el nivel probatorio se rebaje, en todo caso el reclamante deberá realizar un esfuerzo probatorio que supere ciertos mínimos”⁵⁶.

55. Finalmente, es también ilustrativo que el A.G. Rantos caracterice la institución de la facultad de estimación judicial como un refuerzo de la labor normal del juez: “De este modo, estimo que esta herramienta no supone sino un refuerzo de lo que, por lo demás, es la misión natural del juez en el marco de una acción por daños, es decir, la determinación del importe del perjuicio sufrido” (apartado 76).

2. La cuestión prejudicial: el Auto del Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia, de 10 de mayo de 2021.

56. Como ha quedado dicho, el Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia planteó al TJUE una cuestión prejudicial a través de un Auto de fecha 10 de mayo de 2021. Así, en el marco de la reclamación de daños por infracción del artículo 101 TFUE, en el que el demandante había adquirido diversos camiones de las marcas Mercedes, Renault e Iveco, plantea tres cuestiones al TJUE:

La compatibilidad con el principio de pleno resarcimiento del régimen previsto en el art. 394.2 LEC, que permite que el perjudicado por la infracción cargue con una parte de las costas procesales.

Si el acceso por parte del demandante a los datos del demandado en los que se basa para su informe sobre existencia y cuantía del daño precluye la estimación judicial prevista en el art. 76.2 LDC.

Si el hecho de que la reclamación de daños se dirija contra uno de los infractores destinatarios de la Decisión de la Comisión, pero que no vendió directamente los camiones al perjudicado, impide al juez hacer uso de su facultad de estimación del daño.

⁵⁴ “La posterior STJUE de 16 de febrero de 2023 (asunto C-312/21, *Tráficos Manuel Ferrer*), en su apartado 53, ha ceñido la aplicación de las facultades de estimación del juez en este campo a «situaciones en que, una vez acreditada la existencia de ese perjuicio respecto de la parte demandante, sea prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlo», Sentencia núm. 947/2023, de 14 de junio de 2023, FD 10º, apartado 16.

⁵⁵ Conclusiones del AG Rantos, presentadas el 28 de octubre de 2021, Asunto C-267/20 *AB Volvo, DAF TRUCKS NV contra RM* (ECLI:EU:C:2021:884).

⁵⁶ F. MARCOS, “Cuantificación Prescripción y daño en las reclamaciones de daños por conductas anticompetitivas: Luces y sombras de la sentencia del Tribunal de Justicia UE de 22/6/22 (C-267/20 *DAF Trucks NV & AB Volvo/RM*)”, *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, nº 30 (2022), pág. 17.

57. Se ha señalado con precisión que “El eje de la cuestión prejudicial elevada por el JM nº 3 de Valencia es la facultad judicial de estimación del daño”⁵⁷. En este breve comentario vamos a centrarnos únicamente en la respuesta del TJUE a la segunda pregunta, obviando -pese a su indudable interés- la primera y tercera cuestión.

58. A este respecto, es muy clarificador en la lectura del Auto del Juzgado valenciano los calificativos con los que adjetiva la estimación judicial, ya que son indicativos de la naturaleza que esta facultad tiene para el magistrado remitente de la cuestión prejudicial: se la califica como de “facultad alternativa” (apartado 35), y su ejercicio como “subsidiario” (apartado 48). Como veremos en el epígrafe siguiente, al hilo de la Sentencia del TJUE respondiendo a la pregunta que se le formula, estos dos rasgos son posiblemente los que mejor definen y caracterizan la facultad judicial de estimación del daño en acciones resarcitorias derivadas de ilícitos antitrust.

59. Esta formulación del Auto de 10 de mayo de 2021 está en perfecta sintonía con el esquema del Magistrado Pastor, que en variadas publicaciones académicas⁵⁸ en años anteriores -además de en las sentencias en que ha sido ponente en el Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia- había formulado claramente su entendimiento de la figura de la estimación judicial. Destaca, sobre todo, la preocupación por no hacer un uso abusivo de esta facultad, o indiscriminado, sino que constituya efectivamente una solución de último recurso.

60. Y, además, que se motive. Como ya hiciera este mismo juez en su pionera sentencia⁵⁹ de 19 de febrero de 2019, cuando indicó con toda claridad: “Para desarrollar esta función judicial de estimación relativa voy a partir de los siguientes elementos: (i) El hecho probado del precio de adquisición del camión afectado por la conducta colusoria. (ii) La distribución porcentual de umbrales de sobreprecio aplicados por cárteles que fijan sobreprecios, en el informe adecuado de la Comisión (Oxera). (iii) Las recomendaciones de la Comisión sobre criterios de plausibilidad en la estimación de daños o margen de error estadístico de muestreo” (apartado 91).

3. El pronunciamiento del TJUE en *Tráficos Manuel Ferrer*

61. Para hacer efectivo el derecho a la reclamación de los daños de un perjudicado por una infracción antitrust, y por tanto no sólo para subsanar la asimetría informativa, se han arbitrado una serie de medios, enunciados en el apartado 44 de la STJUE *Tráficos Manuel Ferrer*:

“A tal efecto, en primer término, la Directiva 2014/104, en virtud de su artículo 5, obliga a los Estados miembros a permitir a la parte demandante solicitar a los órganos jurisdiccionales nacionales que ordenen, en determinadas condiciones, que la parte demandada o un tercero exhiba las pruebas pertinentes que tenga en su poder.

En segundo término, esa Directiva, en virtud de su artículo 17, apartado 1, impone a los Estados miembros la obligación de facultar, en determinadas condiciones, a los órganos jurisdiccionales para estimar el perjuicio cuando sea prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlo, en su caso, si así lo desean, con la ayuda de la autoridad nacional de la competencia, como se desprende del artículo 17, apartado 3, de dicha Directiva.

En tercer término, la misma Directiva exige a los Estados miembros establecer presunciones, en particular la relativa a la existencia del perjuicio causado por los cárteles, contemplada en el artículo 17, apartado 2, de la referida Directiva”.

⁵⁷ F. MARCOS, “Tres claves para la estimación judicial del daño antitrust indemnizable tras la STJUE *Tráficos Manuel Ferrer*”, en el blog *Almacén de Derecho*, 22 de febrero de 2023, disponible en: <https://almacenederecho.org/tres-claves-para-la-estimacion-judicial-del-dano-antitrust-indemnizable-tras-la-stjue-trafficos-manuel-ferrer> (último acceso el 3 de junio de 2023).

⁵⁸ E. PASTOR MARTÍNEZ, “La estimación judicial del daño en las acciones follow on”, en el blog *Almacén de Derecho*, 22 de octubre de 2019, disponible en: <https://almacenederecho.org/la-estimacion-judicial-del-dano-en-las-acciones-follow-on> (último acceso el 3 de junio de 2023).

⁵⁹ Sentencia del JMerc. nº 3 de Valencia, de 20 de febrero de 2019 (ECLI:ES:JMV:2019:34).

62. Por tanto, son tres los tipos de instrumentos los que se arbitran para facilitar el ejercicio de acciones, y que llevan a que la relación de fuerzas entre las partes en conflicto “*pueden terminar reequilibrándose*” (apartado 45), en función del uso que se haga de ellos: exhibición de prueba, estimación judicial, y las presunciones que conllevan una inversión de la carga de la prueba. Veamos en qué términos se plantea su interpretación en el asunto objeto de litigio.

63. El tribunal de Luxemburgo da una respuesta conjunta a las preguntas segunda y tercera, en los apartados 50 a 65 de su pronunciamiento de 16 de febrero de 2023. Y lo hace con cuatro grandes negativas, que en algún caso rectifican o matizan el planteamiento de las preguntas formuladas por el tribunal remitente de la cuestión prejudicial:

La mera existencia de incertidumbres, que son, por otra parte, inherentes a cualquier litigio de daños, *no* justifica el recurso a la facultad de estimación judicial ex art. 17.1 Directiva 2014/104/UE (apartado 52).

El concepto de asimetría informativa *no* justifica, por sí mismo, el recurso a la facultad de estimación judicial (apartado 54).

La puesta a disposición de datos por parte del demandado, y con independencia de que el demandante haya hecho uso de ella o lo haya declinado, *no* es un factor determinante en la decisión del juez de hacer empleo de su facultad de estimación del año (apartado 59).

El hecho de que la reclamación se dirija contra una de las empresas destinatarias de la Decisión de la Comisión pero que sólo ha comercializado parte de los bienes afectados por el cártel *no* influye en la facultad de estimación judicial del daño (apartado 64).

64. Estos son, en síntesis, los principales argumentos del TJUE en su sentencia *Tráficos Manuel Ferrer*, sobre qué factores no influyen, no condicionan, no son -en definitiva- requisitos previos para que el juez haga uso de su facultad de estimación judicial del daño. Queda por tanto delimitado el ejercicio de esta facultad cuando se cumplan los siguientes requisitos:

El punto de partida ineludible (esto no cambia en absoluto con esta sentencia, ni con las anteriores) es la condición expresada en el art. 76.2 LDC: “*Si se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios pero resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlos con precisión en base a las pruebas disponibles*”.

En segundo lugar, tiene que haber un mínimo esfuerzo probatorio por el demandante; la facultad de estimación judicial no puede -ni debe- suplir su inactividad o negligencia. Lo señala la sentencia del TJUE en su apartado 57: “*En efecto, en el supuesto de que la imposibilidad práctica de evaluar el perjuicio se deba a la inactividad de la parte demandante, no corresponderá al juez nacional sustituir a esta parte ni suplir su falta de acción*”.

En tercer lugar, y en paralelo con el requisito anterior, el juez tiene también que desplegar una actividad de asimilación y comprensión de los informes periciales remitidos por las partes, que lógicamente serán contradictorios, y hacer un esfuerzo por asumir íntegramente la cuantificación que uno de los dos ofrece, o asumirla parcialmente, o a partir de dichos informes y contrainformes (y su ratificación si se celebra vista oral) y del resto de pruebas obrantes en el expediente, realizar una cuantificación de los daños, moderando o ponderando las propuestas por las partes.

65. Así, y como se ha destacado⁶⁰ comentando este pronunciamiento, se apuntan las siguientes fases lógico-procesales para llegar a la estimación judicial del daño: 1) Comprobación por parte del juez de que ha habido un mínimo esfuerzo probatorio por el demandante; 2) Intento de asumir íntegramente las cuantificaciones propuestas por las partes en sus informes periciales; 3) Intento -por parte, siempre, del órgano judicial- de realizar una cuantificación propia de los daños, moderando o ponderando los peritajes y contra peritajes de las partes; 4) En última instancia, y cuando todo lo anterior se ha hecho, se abre la vía de estimación judicial.

⁶⁰ J. CONCHEIRO, “La cuantificación y la estimación judicial del daño en ilícitos antitrust ¿Son lo mismo?”, blog *Almacén de Derecho*, 10 de marzo de 2023. Disponible en: <https://almacendederecho.org/la-cuantificacion-y-la-estimacion-judicial-del-dano-en-ilicitos-antitrust-son-lo-mismo> (último acceso el 3 de junio de 2023).

66. Vemos, por tanto, cómo por vía de delimitación negativa y positiva, el TJUE ofrece una acertada combinación entre los factores que no condicionan la estimación judicial y los requisitos que se exigen para su ejercicio. Y se perfilan de manera un poco más precisa los contornos de esta novedosa facultad conferida a los jueces en la difícil tarea de resolver reclamaciones de daños, facultad que -en todo caso, y esto lo deja muy claro *Tráficos Manuel Ferrer*- es una facultad extraordinaria, excepcional (“facultad particular”⁶¹ la llama la Sentencia *Volvo AB y DAF Trucks*); en definitiva, de último recurso. En nuestra jurisprudencia, por ejemplo, y aunque a veces en algunos juzgados se ha hecho un uso de esta facultad algo indiscriminado⁶², la AP de Barcelona acertadamente la califica como una solución de “último extremo”⁶³.

67. En definitiva, parece indicar el propio TJUE en su pronunciamiento, una facultad respecto de la que hay que poner todos los medios para no llegar a emplearla: “(...) juez nacional, que, gracias a la peritación y al consiguiente contraperitaje, esclarecido por la divulgación de la información en que aquella se basa, dispone de datos que permiten acreditar la realidad del perjuicio sufrido por la parte demandante y determinar después la extensión de este, lo que puede evitarle tener que realizar una estimación judicial del perjuicio” (apartado 58).

68. Y, desde luego, es encomiable en este sentido la recepción por parte de los jueces españoles de la jurisprudencia emanada del TJUE, que inmediatamente incorporan esta doctrina en sus pronunciamientos. Así, en una reciente sentencia⁶⁴ resolviendo una reclamación de daños derivada del no menos conocido “cártel de los fabricantes de automóviles”, se desarrolla un todo un cuidadoso y detallado razonamiento en el Fundamento de Derecho Tercero, parte 2ª, para concluir que procede el recurso a la estimación judicial del daño:

Entiende el juzgador que la prueba pericial de la actora supera el “estándar mínimo probatorio” que le permite aplicar la facultad de estimación judicial del daño (por la idoneidad de la base de datos utilizada; el empleo de las variables explicativas para llegar a la variable explicada; y lo adecuado del método econométrico adoptado -de diferencias en diferencias- para discriminar los sobrepuestos de precios a otros factores económicos de los provocados por el cártel).

No deja de señalar que “no estamos ni mucho menos ante la pericial perfecta, ni siquiera ante una pericial completa, y es desde luego mejorable”.

Se cumple el requisito de que sea excesivamente difícil o prácticamente imposible cuantificar el daño con precisión (por el tipo de datos disponibles, la dificultad de establecer el escenario contrafactual, y la complejidad e infinito número de variables de la fórmula econométrica para determinar el importe calculado -aumentándolo o disminuyéndolo- así como los problemas de multicolinealidad).

69. Y, naturalmente, el Tribunal Supremo incorpora íntegramente esta doctrina en su jurisprudencia en sus sentencias de junio de 2023, y la condensa en el concepto de “inactividad del perjudicado”, como factor que condiciona el válido empleo por parte del juez de su facultad de estimación del daño en una reclamación derivada de una conducta anticompetitiva. Así, señala que “*Para decidir si el ejercicio de facultades de estimación del daño realizado en la sentencia apelada ha sido correcto, hay que valorar, siguiendo los criterios fijados en la STJUE de 16 de febrero de 2023 citada, si la imposibilidad práctica de valorar el daño se debió a la inactividad del perjudicado. Y para realizar esta valoración*

⁶¹ STJUE de 22 de junio de 2022, As. C-267/20, apartado 83 (ECLI:EU:C:2022:494).

⁶² Se observa un cierto reproche, en este sentido, por algún pronunciamiento de la Audiencia Provincial, en los que se advierte que el Juzgador de instancia puede caer en la tentación de no valorar las periciales ni la prueba practicada, y acudir cómodamente al recurso de la estimación judicial, concediendo el 5% en todos los casos. Así, la Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 15) de 18 de julio de 2022 (ROJ: SAP B 7669/2022) lo expresa de la forma siguiente: “*La sentencia apelada acude directamente a la estimación judicial del daño y opta por un porcentaje del 5% de sobrepuesto, en línea con lo que acordamos en nuestra Sentencia de 17 de abril de 2020. La sentencia, por tanto, no valora las periciales ni, en general, la prueba practicada en este procedimiento, cuando los argumentos y los informes aportados por las partes difieren sustancialmente de los que tomamos en consideración en aquella*”.

⁶³ Sentencia de la AP de Barcelona, de 10 de enero de 2020, Ponente: Jose M^a Ribelles, FD 7º, n. 60 (ECLI:ES:APB:2020:58).

⁶⁴ SJMerc. nº 15 de Madrid, núm. 22/2023, de 4 de abril de 2023 (ECLI:ES:JMM:2023:577).

*no bastan las consideraciones generales o abstractas, sino que hay que atender a las circunstancias concretas del litigio*⁶⁵.

V. Respuesta del Juzgado Mer. nº 3 Valencia: la Sentencia núm. 24/2023, de 10 de marzo

70. ¿Cómo ha sido recibido este pronunciamiento por el Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia que planteo la cuestión prejudicial? Naturalmente, y como se acaba de señalar, con el acatamiento y sumisión que corresponde a una sentencia del TJUE, pero nos atrevemos a decir que en este caso particular, también con un cierto punto de disconformidad y recelo. El actual titular del dicho juzgado es posiblemente el Magistrado que más ha trabajado en nuestro país las acciones de daños derivadas de ilícitos antitrust, tanto en su labor judicial resolviendo este tipo de reclamaciones, como también a través de sus múltiples publicaciones⁶⁶.

71. Ya había hecho hace cuatro años un extenso desarrollo de esa facultad en la pionera sentencia⁶⁷ en España en aplicación privada del Derecho de la Competencia, a la que tantas veces nos hemos referido ya. En efecto, como ya señaló en su pronunciamiento del 20 de febrero de 2019: “*Los jueces pueden desarrollar de forma autónoma esa facultad estimativa sin lesión del principio dispositivo o los deberes de congruencia mientras, partiendo de ese esfuerzo previo de las partes, ofrezcan una motivación particular sobre el ejercicio de su facultad estimativa*” (FD 5º, apartado 61).

72. Y había tenido igualmente ocasión de pronunciarse sobre cuándo se puede hacer uso de esta facultad, al hilo del conocido “cártel de los coches”, por ejemplo en su reciente sentencia⁶⁸ de 21 de octubre de 2022, en la que desestima la demanda y rechaza acudir a la facultad del art. 72.1 LDC:

“Debo desestimar la demanda formulada por la parte actora, al considerar que, pese a la aplicabilidad de una presunción de daño tras infracción de cartel según la tipología y características de la conducta sancionada y no habiendo sido esa presunción refutada por la demandada, su actividad de postulación y prueba no colma directamente las exigencias del juicio de cuantificación de ese daño, ni la hace merecedora de un ejercicio alternativo de estimación judicial del daño eventualmente sufrido, según su conducta en el proceso, por haber provocado un desenlace final de insuficiencia probatoria” (FD 1º, 1).

73. En la sentencia⁶⁹ del pasado 10 de marzo de 2023, en el asunto *Tráficos Manuel Ferrer* lo que lleva a cabo es una cuidada y rigurosa exposición de los principios esenciales en la resolución de reclamaciones de daños derivados de ilícitos anticompetitivos, en un razonamiento que sigue las siguientes fases lógico-procesales:

Recoge (FD 2º) la regla de jurisprudencia menor aplicable a la solución del caso previa a la Sentencia del TJUE de 16 de febrero de 2023.

Ofrece (FD 3º) una interpretación del asunto litigioso consistente con lo resuelto por el TJUE respecto a la cuestión prejudicial planteada, a partir de la respuesta que da a las preguntas primera (nn. 31 a 36), segunda (nn. 37 a 60) y tercera (nn. 61 a 65).

Manifiesta (FD 4º) su abandono de la doctrina jurisprudencial de la Audiencia Provincial de Valencia que -la semana siguiente al pronunciamiento de Luxemburgo- ya dictó una Sentencia aplicándolo (SAP Valencia, Secc. 9ª, núm. 185/2023, de 23 de febrero de 2023), y que según él “*no es consistente*

⁶⁵ Sentencia núm. 947/2023, de 14 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2480), FD 10º, apartado 17.

⁶⁶ *Vid.*, además de las ya referenciadas en epígrafes anteriores, entre otras: “La opinión del Abogado General en el asunto C-882/19, Sumal S.L. v. Mercedes Benz Trucks España S.L.”, blog *Almacén de Derecho* 17 de abril de 2021, disponible en: <https://almacenederecho.org/la-opinion-del-abogado-general-en-el-asunto-c-882-19-sumal-s-l-v-mercedes-benz-trucks-espana-s-l>.

⁶⁷ SJMerc. nº 3 Valencia, de 20 de febrero de 2019 (ECLI:ES:JMV:2019:34).

⁶⁸ SJMerc. nº 3 Valencia, de 21 de octubre de 2022 (ECLI:ES:JMV:2022:9610).

⁶⁹ SJMerc. nº 3 Valencia, de 10 de marzo de 2023 (ECLI:ES:JMV:2023:548).

con la respuesta ofrecida por el Tribunal de Justicia” (apartado 66). Ante esta situación adopta una posición ciertamente singular y desde luego drástica: “(...) *temo que mi visión y la de la Audiencia Provincial de Valencia son ya irremediabilmente distantes, a la espera de un pronunciamiento unificador de la Sala Primera del Tribunal Supremo, con auténtico valor de doctrina jurisprudencial*” (apartado 71).

Establece (FD 6ª) una regla para la compensación efectiva del daño y su cuantificación exacta, en un proceso *follow-on* y ante un escenario de incertidumbres probatorias.

74. Al apreciar existencia de legitimación activa y estado de vigencia -no prescripción- de la acción (FD 5º) y ausencia de prueba asumible de *passing-on* (FD 7º) no duda en estimar la demanda (FD 1º), sin condena en costas procesales (FD 8º).

75. Son, ciertamente, muchas -y muy variadas- las consideraciones que pueden realizarse al hilo de esta sentencia, pues no hay prácticamente cuestión relevante sobre resarcimiento de daños derivados de infracciones antitrust que no se contemple: determinación del régimen aplicable (nn. 7-8); legitimación activa y pasiva (nn. 9-11); prescripción (nn. 12-14); presunción de que los cárteles generan daño (nn. 75-93); defensa *passing-on* (n. 22); etc. El recorrido que este pronunciamiento hace por la jurisprudencia comunitaria en materia de acciones de daños, y las propias resoluciones judiciales del Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia, así como la revisión judicial de que ha sido objeto por parte de la Audiencia Provincial de Valencia, es también notable, y desde luego digno de estudio.

76. Este análisis exhaustivo excedería con creces el objeto de este breve comentario, y por tanto nos centraremos únicamente en lo que la sentencia refleja sobre la facultad de estimación judicial. Y lo haremos precisamente siguiendo el esquema de los requisitos positivos y negativos para su ejercicio, que se deducen de la Sentencia de 16 de febrero de 2023 (y anteriores) del TJUE en *Tráficos Manuel Ferrer*, que han sido recogidos en su integridad en los pronunciamientos del Tribunal Supremo de junio de 2023. De estas trascendentales sentencias emana mucha doctrina muy relevante en el ámbito de las acciones de daños, sólo nos fijaremos igualmente en lo relativo a la facultad de estimación judicial.

1. Cuándo se puede (y se debe) emplear la facultad de estimación judicial

77. En este punto el Magistrado Pastor es elocuente y categórico, conforme a su interpretación de lo previsto en la Directiva 2014/104/UE y su incorporación a la LDC. Su línea de razonamiento sigue, como no podía ser de otra manera, los requisitos establecidos por el TJUE en *Tráficos Manuel Ferrer*, que aplica, sin renunciar -como corresponde a la labor del juez nacional remitente de una cuestión prejudicial- a sus propios criterios y convicciones.

78. Respecto al primero de los presupuestos, el escenario de dificultad probatoria, señala (apartado 58) que ésta también puede deberse a aquellos supuestos “*en los que el demandado no colabora con el buen fin del proceso, su conducta es obstruccionista, sus alegaciones evasivas y su actividad probatoria inconcluyente y opaca*”. También, en cuanto a la presunción de daños, si el esfuerzo probatorio del demandado “*se resuelve en una negación insistente de lo más rudimentario para las ciencias jurídica y económica que los cárteles causan daño mientras no se pruebe lo contrario*” (apartado 77).

79. Con todo, y en relación con el siguiente presupuesto la gran queja del magistrado, que no oculta al redactar la sentencia (discrepando abiertamente del criterio seguido por la AP de Valencia, y veladamente del seguido por el TJUE), es que la negativa a acceder a los datos no se considere impedimento para la facultad de estimación judicial: “*Pues debe cuestionarse la existencia de una dificultad probatoria habilitante de la estimación allí donde el actor ha rechazado injustificadamente una medida de acceso a fuentes de prueba, porque la estimación judicial del daño no es un remedio a su pasividad*” (apartado 47).

80. Por ello, y en cuanto a este requisito de haber constatado un esfuerzo probatorio del demandante, desde el primer momento la sentencia señala que: “*La estimación judicial del daño no debe resultar accesible en aquellos supuestos de insuficiencia de la actividad probatoria del presunto perjudicado o cuando su estrategia incrementa el grado de incertidumbre del proceso*” (apartado 5), o, peor aún, “*cuando es el actor quien provoca una situación de opacidad probatoria*” (apartado 19).

81. Finalmente, también al juez le es exigible un esfuerzo por cuantificar el daño, antes de acudir demasiado alegremente a su facultad de estimación. Alerta el magistrado, en un tono ciertamente categórico, de que “*la estimación judicial del daño no sirve para que el juez hurte su deber de motivación, es decir, de valoración de los medios de prueba presentados en el caso*” (apartado 54). Y añade, en términos no menos drásticos, que “*si por estimación judicial del daño se entiende la simple reformulación de los dictámenes periciales de las partes, ese juicio estimativo, en términos de institución legal, no significará absolutamente nada para el ordenamiento jurídico español*” (apartado 56).

2. Cuando no se puede (o no se debería) emplear la facultad de estimación judicial

82. Aquí el Magistrado Pastor no duda en expresar su punto de vista, no del todo coincidente con el criterio seguido por el TJUE, y desde luego abiertamente discrepante con el de la Audiencia Provincial de Valencia. El punto esencial de disconformidad es respecto a la asimetría informativa, y el papel que -de cara a acudir a la estimación judicial- juega la puesta a disposición al demandante la información que el demandado se basa para construir su dictamen pericial, a través de las conocidas “salas de datos”.

83. Ya había mantenido la misma postura cuando el demandante rechazó la posibilidad que se le ofreció de recurrir a una sala de datos, por ejemplo en la citada Sentencia⁷⁰ de 21 de octubre de 2022, para evitar lo que califica como recurso abusivo a la facultad de estimación judicial:

“Pero, si desprecia abiertamente esa posibilidad cuando ya se ha advertido que su intento de cuantificación es insuficiente, no puede después reivindicar la subsistencia de una situación de dificultad probatoria y asimetría informativa que justifiquen una sobreactuación judicial última, resuelta mediante una estimación judicial subsidiaria del daño compensable. Este era el contrapeso que consideré más adecuado para evitar un recurso abusivo a las facultades de estimación judicial del daño como solución habitual -y por eso inadecuada- de una acción follow on. Así se preservaba la conexión de esa facultad con el contenido económico mínimo de una presunción de daño”.

84. Ya en este pronunciamiento señala que ha planteado la cuestión prejudicial que *Tráficos Manuel Ferrer* resuelve, y no duda en calificar el criterio sobre el acceso a las salas de datos impuesto por la AP de Valencia en su partido judicial como de una “visión refractaria” y que establece “*un umbral probatorio exorbitante, pues ningún intento de cuantificación del daño logra nunca formar la convicción del Tribunal en ningún sentido, siendo todos los procesos resueltos de manera homogénea y con recurso a la facultad de estimación judicial del daño*” (FD 4º, apartado 43).

85. Para el TJUE, en *Tráficos Manuel Ferrer* (apartado 54), el concepto de asimetría de información pese a que “está en el origen” de la adopción del art. 17.1 de la Directiva 2014/104, sin embargo “no juega ningún papel” en la facultad de estimación judicial⁷¹. El Magistrado Pastor, sin embargo, afirma que:

⁷⁰ SJMerc. nº 3 Valencia, de 21 de octubre de 2022, FD 4º, n. 42 (ES:JMV:2022:9610).

⁷¹ Con razón se ha dicho que en este punto el TJUE se está contradiciendo a sí mismo, ya que es precisamente la existencia de asimetría informativa la *raison d’être* de las herramientas para paliarla, entre las que se encuentra la facultad de estimación judicial; *Vid.*, a este respecto, L. HORNBKOHLE, “Of Adequate Cost Rules, Judicial Damages Estimation, and Fundamental Principles of Antitrust Damages Actions”, *Kluwer Competition Law Blog*, 17 February 2023. Disponible en: <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2023/02/17/of-adequate-cost-rules-judicial-damages-estimation-and-fundamental-principles-of-antitrust-damages-actions-trafficos-manuel-ferrer-c-312-21/> (último acceso el 10 de junio de 2023).

“Por mi parte, siempre he sostenido que la principal manifestación de las dificultades de prueba sobre la cuantificación del daño es la asimetría de información existente entre las partes. A tal fin, he disciplinado medidas de acceso a fuentes de prueba para corregir esa situación y, cuando el actor las ha despreciado injustificadamente mientras amparaba su demanda en un informe de experto abiertamente insuficiente, he desestimado esas pretensiones (por primera vez, en la sentencia de 10 de diciembre de 2019)” (apartado 18).

86. Y se lamenta, en este mismo párrafo de que la AP de Valencia, en Sentencia⁷² de 17 de noviembre de 2020, *“cuestionó la utilidad de una medida de acceso a fuentes de prueba, su encaje en nuestro derecho nacional y censuró su fiabilidad, por considerarla una medida tramposa”*. A partir de aquí, el pronunciamiento del juzgador valenciano persiste en una férrea defensa de su planteamiento inicial, legitimando su divergencia respecto a la respuesta dada por el TJUE en que *“el razonamiento del Tribunal exige de una interpretación más atenta, porque su análisis es abierto y plural”* (apartado 38) y no dudando en afirmar que *“el Tribunal de Justicia ha rechazado expresamente esta construcción de manera tan rotunda como, según considero, poco efectiva desde el punto de vista práctico y para la solución de este caso”* (apartado 40).

87. Este punto, como tantos otros, tiene que ser objeto de aclaración todavía por instancias superiores. Lo mismo que con esta “pasividad probatoria” del demandante, rechazando la posibilidad que se le ofrece de acceso a los datos del demandado, se precisa detallar cuál es el “estándar mínimo probatorio”, seguido habitualmente por la AP de Madrid, y no en cambio por la de Barcelona, que acude -como criterio para el recurso a la facultad de estimación judicial- a la mera presunción iuris tantum del daño.

88. Así, por ejemplo, no se contempla un mínimo estándar probatorio en lo resuelto por Sentencia de 17 de abril de 2020, cuando se indica (apartado 55) que: *“La situación expuesta nos lleva a tener que compartir la decisión adoptada por el juez a quo en cuanto a tener que optar por la estimación judicial del daño ante la imposibilidad de poder optar por la cuantificación realizada por la pericial de la actora, partiendo de una simple media aritmética resultante de un estudio estadístico sobre el impacto del cártel de los camiones en Europa. Consideramos que la cuantificación realizada por la actora es insuficiente e inútil para llevar a cabo una cuantificación aproximada del daño sufrido, sin que la parte demandada haya aportado cuantificación alternativa”*⁷³.

89. Concluye su razonamiento el magistrado valenciano deplorando que: *“En el terreno de los eufemismos, esta cuestión prejudicial quedó reducida para cierto imaginario a una sobre el uso de ‘salas de datos’. Porque ese fue el instrumento en él se plasmó la medida de acceso a fuentes de prueba acordada en el caso”* (apartado 47). Habrá que estar, pues, a lo que digan a este respecto las instancias superiores, ya que desde la perspectiva del *public enforcement*, el debido respeto a los derechos fundamentales y garantías procesales -el *due process*- son aspectos de la máxima trascendencia en un sistema que pretenda ser efectivo, y han sido objeto de estudio por destacados expertos en la materia⁷⁴. Pero es que desde la perspectiva del *private enforcement* dichas cuestiones no son menos importantes, y de ello está dando cuenta la construcción jurisprudencial de este peculiar sistema de daños derivados de ilícitos antitrust, como hemos tenido oportunidad de comentar en anteriores publicaciones⁷⁵.

90. En este sentido, es patente que nos encontramos ante dos posturas irreconciliables, y efectivamente es el Tribunal Supremo español el encargado de dilucidar qué interpretación es la correcta.

⁷² Sentencia de la AP de Valencia, núm. 1284/20, de 17 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:APV:2020:4230).

⁷³ SAP Barcelona (Sección 15ª), de 17 de abril de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:2567).

⁷⁴ F. CASTILLO DE LA TORRE y E. GIPPINI FOURNIER, *Evidence, proof and judicial review in EU Competition Law*, Ed. Elgar Competition Law & Practice, Londres (2017).

⁷⁵ F. DÍEZ ESTELLA, “Camiones, sobres de papel, azúcar y el seguro decenal: sobre los cárteles en España y las acciones resarcitorias de daños y perjuicios”, *Anuario de la Competencia 2017*, Ed. Marcial Pons – Fundación ICO, Madrid 2018, págs. 215 a 248.

Desde luego que tanto el TJUE como la AP de Valencia se han manifestado con claridad, y no menos rotundo es el titular del Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia:

“De este modo, la respuesta del Tribunal de Justicia pone en riesgo, por su posible incompatibilidad, el recurso a la estimación judicial del daño como herramienta jurisprudencial para la configuración de un daño mínimo en los supuestos de pasividad probatoria del demandado y que, a modo de germen jurisprudencial precursor, pueda ser positivizado por el legislador español. Todo eso queda ya sobre la mesa de nuestro Tribunal Supremo” (apartado 59).

91. Pues bien, el Tribunal Supremo se ha pronunciado, en junio de 2023, y desde luego que su postura a este respecto es inequívoca, alineada con la interpretación del TJUE, y contraria a la postura del magistrado valenciano. No duda, primeramente, en recordar que *“El juez nacional debe valorar los elementos pertinentes, dadas las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado, para juzgar el esfuerzo probatorio desplegado por el perjudicado. Entre ellos se encuentra, como uno más de los posibles y no como una exigencia de carácter ineludible, haber hecho uso de las diligencias de acceso a las fuentes de la prueba”*⁷⁶.

92. El acceso a las fuentes prueba no es, por tanto, una exigencia ineludible, para valorar el esfuerzo probatorio del demandante. Y, por si quedara alguna duda, señala a continuación que:

*“En un caso como el presente, no consideramos que pueda apreciarse una inactividad probatoria del demandante que hiciera improcedente la estimación que los tribunales de instancia han hecho del daño, porque no conste que la demandante, una empresa que reclama el daño consistente en el sobreprecio de ciento ocho camiones, haya acudido a los mecanismos de acceso a las fuentes de prueba para que un perito pudiera realizar un informe basado en una realidad más próxima a la adquisición de su camión”*⁷⁷.

3. Propuesta de estándar para acudir a la estimación judicial

93. Como acertadamente señala el Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia en su sentencia de 21 de octubre de 2022 (relativa al cártel de los fabricantes de automóviles): *“La estimación judicial del daño como resultado alternativo de un proceso de esta clase no es una condena del juez mercantil español. Porque siempre será un recurso que solo existe para garantizar la efectividad del derecho a obtener un resarcimiento por parte del perjudicado por una infracción anticompetitiva. La estimación judicial del daño no es otra cosa”*⁷⁸.

94. Y eso, continua señalando, exigirá siempre examinar, antes de nada, si existe o no existe ese derecho, es decir, “si el actor en cuestión es titular o no de un interés susceptible de protección jurídica en el caso concreto de que se trate”. Y aquí el Magistrado Pastor echa mano de los clásicos, recordándonos que administrar justicia, *ius dicere*, no es el ejercicio abstracto de un poder: consiste en determinar qué dice el Derecho a un caso concreto⁷⁹. De ahí que en el pronunciamiento que estamos comentando no se limita a mostrar su disconformidad, sino que aporta una solución al problema de cuándo puede un juez acudir a su facultad de estimación del daño.

95. En efecto, en la Sentencia de 10 de marzo de 2023 se ofrece un claro y bien definido estándar jurisprudencial para evaluar cuándo la actividad probatoria de las partes es adecuada para la solución del caso, y no se precisa por tanto acudir al remedio extremo de la estimación judicial. Propone el Magistrado tomar en consideración (apartado 100):

⁷⁶ Sentencia núm. 947/2023, de 14 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2480), FD 10º, apartado 18.

⁷⁷ Sentencia núm. 947/2023, de 14 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2480), FD 10º, apartado 19.

⁷⁸ Sentencia del JMerc. nº 3 de Valencia, de 21 de octubre de 2022, FD 8º, nº 168 (ECLI:ES:JMV:2022:9610).

⁷⁹ *Vid.* L. M. DíEZ PICAZO, “La potestad jurisdiccional: características constitucionales”, *Parlamento y Constitución-Anuario*, núm. 2, 1998, p. 70.

- (i) la especificidad de la prueba a practicar en este Derecho,
- (ii) un remedio a las limitaciones del discernimiento del juez,
- (iii) el significado de la valoración económica que está llamado a proporcionar y,
- (iv) la aplicación de la doctrina del Tribunal de Justicia cuando enfatiza que la exactitud sobre la existencia y cuantificación del daño compensable coexiste con algunas incertidumbres inevitables.

96. Este planteamiento está en consonancia con lo que el magistrado había manifestado en publicaciones académicas, señalando que este tipo de acciones de daños “exigen la creación de una doctrina jurisprudencial que parte desde cero y sin un marco comparativo claro: es el caso de la estimación judicial del daño en supuestos de insuficiencia probatoria y asimetría informativa”⁸⁰. Continua señalando que el ejercicio de esta novedosa facultad exige, sin quebrar el principio dispositivo o los deberes de congruencia, ni lesionar los principios elementales del proceso civil, “ubicarse fuera de él, si la solución del caso así lo exige”, dado que los informes periciales de que dispone no pueden valorarse de manera “usual y ortodoxa”.

97. Por todo ello, se entiende que caracterice la facultad de estimación judicial como “autónoma y alternativa, distinta de una mera labor de estimación parcial de una demanda por la asunción también parcial de unos u otros dictámenes periciales y, también, distinta de una mera labor de distribución de cargas probatorias o de una labor de presunción judicial. Y esa facultad especialísima solo se ha atribuido a los jueces por la Directiva”⁸¹.

98. Y señala, en esta misma aportación doctrinal, la que consideramos es una acertada definición de la categoría jurídica que estamos analizando en estas páginas: “El objetivo de la labor de estimación judicial es ofrecer una cuantificación alternativa del daño sufrido por el lesionado, cuando los intentos realizados por las partes no han sido suficientes para formar la convicción del juez y existe un déficit de información para la correcta cuantificación del daño del que no puede hacerse responsable al lesionado. Esa labor de cuantificación alternativa del daño es omnicomprendiva de todos los conceptos que normalmente lo integran: daño emergente, lucro cesante e interés, donde resulte aplicable”⁸².

99. Por último, y este rasgo nos parece esencial para entender el alcance de esta facultad, y también sus límites, y sus debilidades, se recalca su carácter eminentemente extraordinario y singular: “Si consideramos que la facultad de estimación judicial del daño es un instrumento novedoso y excepcional, deberemos igualmente asumir que su ejercicio concreto se desarrollará de forma y contenido extraordinarios, según los indicadores y datos de los que el juez pueda valerse en cada caso. Es decir, que lo extraordinario no es solo su presupuesto de aplicación, sino también su contenido. La clave es que no por ello la estimación deje de resultar prudente. En definitiva, el juez deberá realizar su intento de valoración alternativa de los daños en la forma en que le sea posible hacerlo, recurriendo a las evidencias y materiales de los que disponga”⁸³.

100. Volviendo a la sentencia de 10 de marzo de 2023, en el asunto *Tráficos Manuel Ferrer*, tras lamentar la “*dispersión de las valoraciones probatorias de los jueces españoles*” (apartado 106), resume éstas en cuatro posiciones:

- 1) asumir el esfuerzo de cuantificación de los perjudicados;
- 2) llevar a cabo una arbitraria y oportunista reformulación de los informes periciales aportados;

⁸⁰ E. PASTOR MARTÍNEZ, “Acciones «follow on»: la estimación judicial del daño en la práctica reciente de la jurisprudencia española”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 317 (2020), pág. 3.

⁸¹ *Idem.*, pág. 16.

⁸² *Idem.*, pág. 29.

⁸³ *Idem.*, pág. 35.

- 3) convertir la estimación judicial del daño en una “solución estandarizada para la litigación privada antitrust”;
- 4) dar poder de convicción íntegra a los informes periciales.

101. Seguidamente, hace un exhaustivo recorrido por sus pronunciamientos previos (señaladamente, las sentencias de 20 de febrero de 2019⁸⁴, 30 de diciembre de 2019⁸⁵ y 21 de octubre de 2022⁸⁶) en los que explica el método de valoración que ha seguido, y cómo ha otorgado a los diferentes informes periciales que las partes le han presentado mayor o menor poder de convicción, y por último desarrolla una regla jurisprudencial que desde luego merece un análisis completo y detallado, pero escapa al ámbito de este comentario.

102. Para concluir este epígrafe, sólo resta volver a señalar que la sentencia de 10 de marzo de 2023 es estimatoria de las pretensiones del demandante, cuya “*actividad de postulación y prueba es suficiente para la cuantificación del daño sufrido*” (FD 1º, n. 1), y ello pese a que “*el intento de cuantificación realizado por el actor presenta algunas contradicciones o debilidades, pues la ciencia económica está sujeta a sus propias controversias y de lo que se trata es de que el escenario propuesto sea lo suficientemente plausible y razonable. De este modo, en mi proceso de convicción, el informe pericial presentado por la actora reunirá suficientemente esas características*” (FD 1º, n. 2).

103. Ya que en el tema del acceso a las fuentes de prueba no, aquí sí hay alineamiento entre la postura del magistrado valenciano y el Tribunal Supremo, que en sus sentencias de este mes de junio de 2023 sigue este mismo razonamiento: “*La conclusión de lo anterior es que la actividad probatoria desplegada por el demandante, en concreto la presentación del informe pericial con la demanda, pese a que dicho informe no resulte convincente, en este caso y a la vista del estado de la cuestión y de la litigación cuando fue presentada la demanda, puede ser considerada suficiente para descartar que la ausencia de prueba suficiente del importe del daño se deba a la inactividad del demandante. Y estando probada la existencia del daño, justifica que el tribunal haya hecho uso de facultades estimativas para fijar la indemnización*”⁸⁷.

VI. Epílogo: las sentencias del Tribunal Supremo de junio de 2023

104. Como ya se ha señalado en la introducción, no se puede ignorar la enorme trascendencia que los pronunciamientos de nuestro alto tribunal ha dictado entre los días 12 y 14 de junio de 2023, resolviendo los primeros recursos de casación planteados contra sentencias de Audiencias Provinciales en relación con reclamaciones de daños en España derivados del cártel de los camiones.

105. Naturalmente, no se pretende aquí llevar a cabo un análisis exhaustivo de dichos pronunciamientos, que seguro merecerán contribuciones doctrinales monográficas durante los próximos meses. Únicamente nos hemos limitado a señalar, en los apartados correspondientes de este comentario a la STJUE en el asunto *Tráficos Manuel Ferrer*, qué decían sobre la facultad de estimación judicial del daño. Sistematizando aquí esa doctrina, y como corolario de todo lo dicho anteriormente, podemos señalar los siguientes puntos:

- 1) La facultad de estimación judicial ya estaba reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como consecuencia necesaria del principio de indemnidad del perjudicado propio del art. 1902 CC y del art. 101 TFUE, antes incluso de la entrada en vigor de la Directiva 2014/104/UE y su trasposición a través del art. 76 LDC.

⁸⁴ Sentencia del JMerc. nº 3 de Valencia, de 20 de febrero de 2019 (ECLI:ES:JMV:2019:34).

⁸⁵ Sentencia del JMerc. nº 3 de Valencia, de 30 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:JMV:2019:1265).

⁸⁶ Sentencia del JMerc. nº 3 de Valencia, de 21 de octubre de 2022 (ECLI:ES:JMV:2022:9610).

⁸⁷ Sentencia núm. 947/2023, de 14 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2480), FD 10º, apartado 20.

- 2) La atribución al juez de facultades de estimación de la cuantificación del daño causado por la conducta infractora de la competencia permite superar algunas dificultades propias de la valoración del daño en este campo, flexibilizando el estándar de prueba exigible y subsanando la asimetría informativa existente en detrimento del perjudicado (aquí se recoge la STJUE *DAF Trucks NV y AB Volvo*).
- 3) Para decidir si el ejercicio de facultades de estimación del daño es correcto, hay que valorar, siguiendo los criterios fijados en la STJUE *Tráficos Manuel Ferrer*, si la imposibilidad práctica de valorar el daño se debió a la inactividad del perjudicado.
- 4) Entre los elementos pertinentes para llevar a cabo dicha valoración está, como uno más de los posibles y no como una exigencia de carácter ineludible, haber hecho uso de las diligencias de acceso a las fuentes de la prueba.
- 5) Es válida la estimación hecha por los jueces, cuando no se acredite que el importe del daño ha sido superior al porcentaje mínimo del 5%, y por tanto el demandante no puede pretender una indemnización superior a ese porcentaje.

106. Ofrecemos a continuación una tabla de las sentencias, con algunas indicaciones que faciliten su consulta; como ha quedado dicho, son quince sentencias, dictadas entre los días 12 y 14 de junio de 2023, y que en total suman más de 600 folios.

Nº Ref. y ECLI	Fecha	Ponente	Demandado (en 1ª instancia)	Sentencia recurrida
923/2023 ES:TS:2023:2492	12.06.23	D. Rafael Sarazá Jimena	Fiat Chrysler y CNH Industrial	AP de Valencia (16.12.2019)
924/2023 ES:TS:2023:2472	12.06.23	D. Ignacio Sancho	Fiat Chrysler y CNH Industrial	AP de Valencia (24.09.2020)
925/2023 ES:TS:2023:2495	12.06.23	D. Ignacio Sancho	CNH Industrial	AP de Zaragoza (27.05.2020)
926/2023 ES:TS:2023:2473	12.06.23	D. Ignacio Sancho	CNH Industrial	AP de Barcelona (21.09.2022)
927/2023 ES:TS:2023:2475	12.06.23	D. Rafael Sarazá Jimena	IVECO y CNH Industrial	AP de Bizkaia (04.06.2020)
928/2023 ES:TS:2023:2474	12.06.23	D. Pedro José Vela Torres	IVECO	AP de Valencia (27.10.2020)
939/2023 ES:TS:2023:2476	13.06.23	D. Ignacio Sancho	MAN Truck & Bus Iberia	AP de Valencia (05.12.2019)
940/2023 ES:TS:2023:2477	13.06.23	D. Pedro José Vela Torres	MAN SE	AP de Valencia (25.05.2020)
941/2023 ES:TS:2023:2497	13.06.23	D. Rafael Sarazá Jimena	MAN Truck & Bus Iberia	AP de Pontevedra (10.07.2020)
942/2023 ES:TS:2023:2478	13.06.23	D. Juan María Díaz Fraile	MAN SE	AP de Zaragoza (27.07.2020)
946/2023 ES:TS:2023:2479	14.06.23	D. Pedro José Vela Torres	AB Volvo y Renault Trucks	AP de Valencia (20.12.2019)
947/2023 ES:TS:2023:2480	14.06.23	D. Juan María Díaz Fraile	AB Volvo y Renault Trucks	AP de Valencia (23.01.2020)
948/2023 ES:TS:2023:2493	14.06.23	D. Pedro José Vela Torres	Daimler AG	AP de Zaragoza (03.07.2020)
949/2023 ES:TS:2023:2494	14.06.23	D. Rafael Sarazá Jimena	DAF Trucks NV	AP de Valencia (08.06.2020)
950/2023 ES:TS:2023:2496	14.06.23	D. Juan María Díaz Fraile	DAF Trucks NV	AP de Zaragoza (20.07.2020)

VII. Conclusiones

107. De lo expuesto anteriormente, al hilo del análisis de la STJUE en el asunto *Tráficos Manuel Ferrer*, el ulterior pronunciamiento del Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia, los pronunciamientos del Tribunal Supremo de junio de 2023, así como de otra jurisprudencia y las aportaciones doctrinales que hemos considerado más relevantes, podemos extraer las siguientes conclusiones.

108. En primer lugar, casi una década después de la aprobación de la Directiva 2014/104/UE, que impulsó el ejercicio de acciones de reclamación de daños y perjuicios derivados de ilícitos anticompetitivos, podemos afirmar que el sistema ha ido madurando. Se han perfilado -a golpe de jurisprudencia del TJUE, y ahora también de nuestro Tribunal Supremo- cuestiones prácticas y conceptos que eran dudosos, y hoy en día contamos con unos principios claros y bien sentados, y un instrumental bien diseñado para su aplicación.

109. En segundo lugar, un ejemplo de esta maduración del modelo de *enforcement* en esta materia es que la tan proclamada “complementariedad” entre la aplicación pública y la privada del derecho de la competencia, ha evolucionado hacia el entendimiento que son dos aspectos del mismo sistema, y que las acciones de daños, además de su natural función resarcitoria, tienen también una finalidad disuasoria, ya que contribuyen a desincentivar la comisión de prácticas anticompetitivas, tanto -o más- que las propias sanciones económicas.

110. En tercer lugar, este escenario, tan bien diseñado en el plano conceptual, ha encontrado, no obstante, abundantes obstáculos en su implementación práctica, que comprometen los principios de efectividad e indemnidad. En concreto, y además de otras cuestiones materiales y procesales que no son objeto de comentario en estas páginas, pero que convierten la reclamación de daños en un auténtico calvario (sobre todo para los demandantes), sin duda el principal obstáculo es la cuantificación de los daños sufridos. Esto es así, como hemos visto, por tres motivos fundamentales: la dificultad inherente a la tarea de recrear el escenario hipotético contrafactual, la existencia de importantes asimetrías informativas entre reclamantes y demandados, y el elevado coste de los necesarios informes periciales.

111. En cuarto lugar, y como anticipando este escenario de dificultades poco menos que insalvables, la Directiva de Daños ha previsto una serie de mecanismos para hacer efectivo el derecho a la plena compensación económica por los daños sufridos a consecuencia de, por ejemplo, un cártel de precios: una serie de presunciones (como la de existencia de daño) que redistribuyen las cargas probatorias, la flexibilización del estándar de prueba, los mecanismos de acceso a las fuentes de prueba, y la novedosa facultad de estimación judicial del daño.

112. En quinto y último lugar, es esta novedosa institución de la facultad de estimación judicial del daño -en el contexto de las demás, ya que no se puede abordar su estudio de forma aislada- la que ha sido objeto de examen en estas páginas, y que a resultas del trabajo de análisis realizado, podemos caracterizar con estos cinco rasgos:

Se trata (y los adjetivos que vamos a indicar ahora son todos extraídos de la jurisprudencia) de una facultad “especialísima”, “particular”, “alternativa”, “extrema”, “excepcional”, “extraordinaria”, “subsidiaria”, de “último recurso”, y que lo deseable es que se ejerza por los jueces lo menos posible, evitando su uso abusivo. A la vez, éstos tienen que ejercerla de forma autónoma, y en pleno uso de su independencia propia.

Su uso no se justifica por la mera existencia de incertidumbres o dificultades (inherentes a unos litigios de esta complejidad). Como ha aclarado sin ambages el TJUE en *Tráficos Manuel Ferrer*, la asimetría informativa entre demandante y demandado por sí sola tampoco justifica el recurso a esta facultad, pese a ser su presupuesto lógico. Sólo está permitida en un escenario de dificultad probatoria que haga prácticamente imposible o excesivamente difícil la cuantificación del daño.

Por otro lado, el carácter excepcional de esta facultad no puede llevar a que se quiebren los elementales principios del proceso civil, su carácter dispositivo, el deber de congruencia de la decisión judicial y la necesidad de motivación.

No suple la tarea del demandante, a quien se exige que desarrolle un mínimo esfuerzo probatorio, y por supuesto que su actitud no conlleve a un escenario de “opacidad probatoria”. Contra la opinión del titular del Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia, el TJUE es categórico al afirmar que la renuncia por el demandante a hacer uso de los medios de acceso a las pruebas (como por ejemplo, a través de una “sala de datos”), no precluye el recurso por parte del juzgador a su facultad de estimación del daño. En igual sentido se pronuncia el Tribunal Supremo español, en sus recientes pronunciamientos.

Por último, también al juez se le exige que, antes de acudir a esta facultad estimativa, haga un esfuerzo de cuantificación a partir de los informes periciales propuestos por las partes, asumiéndolos en su totalidad, parcialmente, o integrando su juicio de valor a partir de los datos y cuantificaciones obrantes en el expediente. Como recientemente ha señalado el Tribunal Supremo, salvo que el demandante pruebe otra cosa, la cifra estimada del 5% como sobrecoste refleja correctamente el daño sufrido por el cártel.

113. Aún quedan muchas cuestiones que precisar, como por ejemplo cuál es el “umbral probatorio mínimo” exigible para no desvirtuar el recurso a la facultad de estimación judicial, y otros aspectos de la tarea de cuantificación del daño. Si bien es cierto que el Tribunal Supremo, en sus recientes sentencias de junio de 2023 ha despejado las dudas sobre algunos puntos conflictivos en los primeros asuntos que le han llegado en casación derivados del cártel de fabricantes de camiones, quedan todavía otros muchos, que deberán ser aclarados.