Resoluciones judiciales

Reseña judicial e-Dictum 125

SENTENCIA 1117/2022 DEL TRIBUNAL SUPREMO, CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 2022

En la *Sentencia 1117/2022 del Tribunal Supremo, sala contencioso-administrativo, de 6 de septiembre,* la cuestión nuclear que se plantea es si el devengo de intereses, que en el supuesto había quedado en suspenso con la declaración de concurso, se reanuda de forma automática al aprobarse el convenio, o por el contrario es preciso que haya algún acto de intimación o declaración de voluntad de la Administración, acto de intimación que la actora encuentra reforzado con la resolución de la reclamación económico administrativa que anuló la providencia de apremio y ordenó otorgar un plazo de pago en periodo voluntario. En conexión con ello, y como consecuencia de haberse declarado en las resoluciones económico administrativas que anularon las providencias de apremio que era preciso un ofrecimiento de periodo de pago en voluntario, se plantea que efecto tendría ello sobre el devengo de intereses de demora que, de acuerdo con las previsiones legales, ya se estaban devengando antes de la declaración de concurso y quedaron en suspenso como consecuencia de la misma.

Las principales normas que en el supuesto se invocan, en la redacción aplicable al litigio, son los artículos 26 (interés de demora) y 164.2 (en caso de concurso de acreedores) de la Ley General Tributaria y el artículo 59 de la -derogada- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (... *desde la declaración de concurso quedará suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía*). En el análisis de estas normas se señala que, en el caso litigioso, los intereses de demora se estaban devengando con anterioridad a la declaración de concurso de la mercantil recurrente, si bien se suspendió su devengo con la declaración de concurso, pues los efectos de esta declaración incluyen la suspensión del devengo de intereses, lo que se produjo con la sentencia que aprobó el convenio.

Pues bien, la *Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 2022* dispone que, no cabe admitir, como pretende la recurrente, que la suspensión del devengo de intereses de demora derivado de la declaración de concurso suponga, como consecuencia de la rehabilitación del plazo de pago voluntario que en el supuesto acordó la resolución del Tribunal Económico- Administrativo Regional de la Comunidad Valenciana -que no constituye el objeto del litigio- la vinculación del devengo de intereses a ese nuevo ofrecimiento de pago en voluntaria. No existe vinculación alguna del devengo de intereses de demora a ese nuevo plazo de pago voluntario, ni cabe sostener que tan solo tras finalizar el mismo se pudiera iniciar el devengo de intereses de demora. La anulación de la providencia de apremio conlleva la de todos sus efectos, pero entre ellos no se encuentra el de impedir el devengo de intereses de demora, y ello porque no se devengan con vinculación a la providencia de apremio, sino que ya se estaban devengando incluso desde antes del concurso, y, una vez levantada la suspensión por la aprobación del convenio, el cese de la suspensión de su devengo se produce automáticamente, desde la fecha posterior a la de aprobación del convenio.

Por otra parte, destaca la referida resolución judicial que es preciso reparar en el alcance de la cuestión que suscita el Abogado del Estado acerca del efecto del convenio entre Administración y contribuyente en que se fijan los intereses de demora debidos y se establecen plazos para el pago de la deuda tributaria. Considera que esta es una cuestión de hecho, que ha sido apreciada por el Tribunal de instancia. Dice al respecto: *(…) si ya existía un acuerdo previo por la demandante y hoy recurrente aceptando estos intereses de demora, calculados en la forma establecida por la*

Administración Tributaria (desde la fecha de la aprobación del convenio del concurso de acreedores), no cabe volver atrás de ese convenio-acuerdo para objetar en impugnación contencioso administrativa que esos intereses no eran conformes a Derecho. Se exigen ahora por la Administración Tributaria en los términos de lo expresamente acordado y aceptado por la recurrente, no porque ahora se esté haciendo interpretación de Ley, la interpretación ya se hizo en su momento y la recurrente la aceptó dando lugar a ese convenio de reconocimiento de deuda y para pago (…). La recurrente omite toda mención al convenio, que es extensamente recogido en la sentencia recurrida, si bien en su escrito de demanda si admite la existencia del convenio y su contenido.

En este contexto, la *Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 2022* reitera que no hay razón o fundamento legal para considerar que el devengo de los intereses de demora, cuyo presupuesto ya existía antes de la declaración de concurso, y por tanto se estaban generando sin necesidad de intimación, no hubiera de reanudarse con la aprobación del convenio, que implica la cesación automática de todos los efectos de la declaración de concurso. Puesto que la Administración tributaria quedó al margen del convenio, el régimen de su crédito, incluida la obligación accesoria de intereses de demora, recobra su dinámica ordinaria, de manera que existiendo el presupuesto para el devengo con anterioridad al concurso, no es necesario un acto específico de intimación para que continúen devengándose.

En definitiva, considera que la incidencia de la resolución del Tribunal Económico- Administrativo Regional de la Comunidad Valenciana, que declara que no puede dictarse providenciade apremio tras levantamiento de la suspensión derivada del concurso, y que es preciso un nuevo acto de requerimiento de pago en voluntaria, no puede conllevar la alteración del régimen de devengo de los intereses, que se devengan *ex lege* y, en este caso, derivados de autoliquidaciones presentadas fuera de plazo y sin ingreso, desde la fecha final en que debió efectuarse la autoliquidación. Lo contrario supondría atribuir a la resolución del Tribunal Económico- Administrativo Regional de la Comunidad Valenciana un efecto que no declara, ni su decisión anulatoria de las providencias de apremio puede conllevar implícitamente la inaplicación del régimen legal de devengo de intereses.

Cuestión distinta, resalta la *Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 2022,* determinante de la improsperabilidad de las pretensiones del recurrente, es que las partes, Administración y contribuyente, en uso del marco negocial que, con carácter general autoriza la legislación concursal, que incluye previsiones especificas en el ámbito de los intereses y que prevé de forma específica la legislación tributaria, acordaran en un convenio singular determinar el importe de los intereses de demora en la forma en que lo hicieron (desde el día siguiente a la aprobación del convenio y hasta la fecha del pago de la mayor parte del principal.

Por tanto, concluye la *Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 2022,* respecto a la cuestión de interés casacional planteada, que no cabe soslayar la singularidad que se produce en la situación litigiosa, como consecuencia de la existencia de un convenio singular entre Administración y contribuyente, que fijan los intereses de demora y las fechas de inicio y final de devengo. Este hecho, que no fue considerado en el auto de admisión pese a que consta declarado en la sentencia recurrida, impide responder a la cuestión de interés casacional en los términos en que se plantea, sin que, por otra parte, y dado lo específico de esta situación y de los términos del convenio -que no han sido cuestionados por la parte recurrente- resulte pertinente introducir modificación alguna en la cuestión de interés casacional planteada, porque carecería de alcance general para la formación de jurisprudencia, dada la relevancia en el litigio del convenio singular entre Administración y contribuyente, que no ha sido cuestionado ni en su contenido ni en su vinculatoriedad por ninguna de las partes, tal y como valoró la sentencia recurrida al desestimar el recurso contencioso-administrativo, sin que las consideraciones al

respecto hayan sido sometidas a impugnación en el recurso de casación. Razón por la que se desestima el recurso de casación.

Ver documento

SENTENCIA 588/2022 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LEON, SECCIÓN PRIMERA, DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 2022

(…)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes y datos fácticos del proceso principal. Resolución recurrida y Cuestiones que se plantean en los recursos de apelación.

1.- Hechos de la demanda y acción ejercitada en el procedimiento. Alegaciones de los escritos de contestación

1.1.- En fecha 1 de abril de 2018 se presenta demanda contra AB VOLVO y DAF TRUCKS NV, en la que se solicita la condena solidaria a abonar al actor la cantidad de 38.148,71 euros o cantidad que resulte procedente, más los intereses legales y costas.

1.2.- El demandante adquiere tres camiones mediante contratos de leasing durante los años 2006 y 2007 de las entidades demandadas que expresamente están designadas como "destinatarias" de la sanción impuesta en el Asunto AT.39824-Camiones.

1.3.- Se ejercita una acción follow on, solicitando la indemnización de los perjuicios derivados de la conducta anticompetitiva de las demandadas, sancionada en la Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016 dictada en el procedimiento "Asunto AT.39824- Camiones", publicada en el DOUE de 6 de abril de 2017. En ella se sanciona a los principales fabricantes de camiones del mercado de la Unión Europea por un cártel que estuvo vigente entre enero de 1997 y enero de 2011, en el cual, según establece la Comisión Europea, las empresas sancionadas mantuvieron un comportamiento infractor del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). La infracción consistió en acuerdos colusorios sobre la fijación de precios y sus incrementos, así como el calendario y la repercusión de los costes para la introducción de tecnologías de emisiones en el caso de los camiones medios y pesados exigida por las normas.

1.4.- Las entidades demandadas AB VOLVO y DAF TRUCKS N.V. se oponen a la demanda alegando, entre otras cuestiones, la prescripción de la acción de indemnización por transcurso del plazo de 1 año (acción de responsabilidad extracontractual), falta de legitimación activa y pasiva, falta de prueba de la incidencia causal entre las conductas relatadas en la Decisión de la Comisión y el incremento del precio, improcedencia de la reclamación de intereses e improcedencia de la condena solidaria solicitada.

2.- La Sentencia de Primera Instancia.

2.1.- La sentencia recurrida estima parcialmente la demanda interpuesta en ejercicio de la acción de reclamación por daños y condena a las demandadas al abono al demandante de una compensación consistente en el 15% del precio de adquisición de los vehículos, más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, y sin condena en costas.

2.2.- La sentencia de primera instancia rechaza la excepción de prescripción de la acción porque aplica el plazo de prescripción de 5 años previsto en el artículo 74 de la Ley de Defensa de la Competencia ya en vigor en la fecha de interposición de la demanda, plazo que se introduce en derecho español con la publicación del Decreto-Ley 9/2017 que transpone la Directiva de daños (artículo 10).

2.3.- Aplica además la presunción de daño a que se refiere el artículo 17.2 de la Directiva 2014/104, norma transpuesta en el artículo

76.3 de la LDC que considera de aplicación, a la vista de su naturaleza procesal pues regula la distribución de la carga de la prueba.

2.4.- Finalmente, el juez hace uso de la facultad de estimación judicial del daño, una vez constatada la extraordinaria dificultad de prueba de la entidad

del daño y aplica el artículo 76.2 de la LDC que transpone el artículo 17.1 de la Directiva de daños porque considera que tiene naturaleza procesal en la regulación de la carga probatoria.

3.- Concretos motivos de los recursos de Apelación que fundamentaron que este Tribunal planteara la cuestión prejudicial C-267/20. Oposición del demandante.

3.1.- Las entidades recurrentes defienden que la Directiva 2014/104 no se aplica retroactivamente porque las prácticas anticompetitivas sancionadas por la Comisión Europea cesaron el 18 de enero de 2011 y la Directiva fue promulgada el 26 de noviembre de 2014 y transpuesta al ordenamiento jurídico español por Real-Decreto 9/2017, de 26 de mayo.

3.2.- El régimen que consideran aplicable, el artículo 1902 del Código Civil, exige la prueba de la existencia y cuantía del daño. En este supuesto de imposibilidad de prueba, como defiende la sentencia, debe desestimarse la reclamación.

3.3.- La entidad DAF TRUCKS N.V. afirma que la acción está prescrita pues no es aplicable el plazo de ejercicio de 5 años previsto en la Directiva y sí el plazo de un año que empezaría a contar desde la emisión del comunicado de prensa el 19 de julio de 2016 en el que se detallaba la sanción y las entidades que intervinieron.

3.4.- Entre otros motivos de recurso se dice que la sentencia aplica indebidamente la normativa que introduce la Directiva. Se deriva así un plazo de prescripción de 5 años y las presunciones que desplazan la carga probatoria y la facultad judicial de estimación del daño, normativa introducida por la Directiva, que afirman no es aplicable.

3.5.- La parte demandante se opone a los recursos de apelación con fundamento en la aplicación de la Directiva, en concreto del plazo de prescripción de cinco años establecido en el artículo 74 de la Ley de Defensa de la Competencia, en la presunción del daño y facultad de estimación judicial, en completa coincidencia con el resto de los argumentos expuestos en la sentencia recurrida.

4.- Esquematización de todas las cuestiones controvertidas en los recursos de apelación.

4.1.- En primer lugar, VOLVO distribuye los motivos del recurso en tres secciones que resume en los siguientes términos:

- Sección Previa, motivo primero: Infracción legal por indebida aplicación retroactiva de la Directiva de Daños.

- Sección Primera, motivos de naturaleza procesal, motivos segundo, tercero, cuarto y quinto. Principios de rogación, congruencia y normas sobre valoración probatoria.

- Sección Segunda, motivo sexto: Infracción del artículo 1902 del Código Civil al presumir la existencia del daño y la relación de causalidad entre la acción y el supuesto daño.

4.2.- El Recurso de la codemandada DAF TRUCKS N.V. concreta el principal motivo de discrepancia en la aplicación a la cuestión controvertida de un régimen sustantivo incorrecto, pues considera la recurrente que la Directiva y el juego de presunciones que introduce no resultaría aplicable. El régimen del artículo 1902 del CC exige que el daño se acredite por la parte actora por lo que afirma que la acción debería haber sido desestimada. Considera además que tampoco es aplicable la facultad judicial de estimación del daño en la que se apoya la sentencia recurrida. Estructura su recurso en seis motivos diferentes:

- Motivo preliminar: Infracciones del Reglamento de Notificaciones en la notificación y traslado de la demanda y documentación adjunta.

- Motivo primero: Prescripción de la acción por el transcurso del plazo de 1 año desde la publicación del comunicado de prensa de la Decisión.

- Motivo segundo: Inexistencia de daño. El régimen transitorio del Real-Decreto Ley de transposición de la Directiva impide la aplicación de las disposiciones sustantivas como la presunción del daño o la facultad de estimación del daño.

- Motivo tercero: Carga de la prueba que no se cumple por el demandante. No es aplicable la

presunción del daño y la facultad de estimación judicial del daño.

- Motivo cuarto: Repercusión del daño y presunciones.

- Motivo quinto: Declaración de solidaridad.

4.3.- A la vista de las alegaciones expuestas, en el siguiente fundamento jurídico se analizará la validez del emplazamiento y la vulneración del Reglamento de Notificaciones. A continuación, con carácter previo, para contestar a la cuestión nuclear que gira en torno a la norma aplicable y así dar respuesta a varios de los motivos de los recursos que planteaban dudas sobre la aplicación de la Directiva de Daños, se desarrollará la norma aplicable y el régimen transitorio de la Directiva y del Real Decreto-Ley de transposición. Se resumirán las respuestas a la cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia (Sentencia de 22 de junio de 2022, asunto C-267/20). Finalmente argumentaremos sobre el resto de los motivos de los recursos, examinaremos la excepción de prescripción de la acción, la existencia de daño y el cálculo del sobreprecio.

SEGUNDO.- Nulidad del emplazamiento de la codemandada DAF TRUCKS N.V. Reglamento (CE) nº 1393/2007 de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (notificación y traslado de documentos).

5.- Resumen de la problemática que se plantea sobre la regularidad del emplazamiento.

5.1.- La entidad recurrente solicita que se declare la nulidad del emplazamiento que se hizo en su mayor parte en castellano, sin acompañar las traducciones al neerlandés ni remitir a través del formulario del Anexo II que el Reglamento de Notificaciones exige en la remisión al destinatario a los efectos de informar sobre el derecho a negarse a aceptar los documentos. Afirma que el emplazamiento fue recibido mediante correo ordinario con la documentación en castellano. Considera vulnerado el Reglamento (CE) nº 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos»).

5.2.- El defecto en el emplazamiento fue denunciado mediante escrito en el que planteaba declinatoria de jurisdicción, cuestión resuelta por auto del juzgado de lo mercantil de 24 de octubre de 2018 que fue recurrido en reposición, escrito en el que nuevamente se alega el defecto de emplazamiento por falta de traducción. El recurso se desestima y ambas entidades codemandadas presentan el escrito de contestación a la demanda. Incluso se solicita la nulidad de actuaciones por el defecto de emplazamiento de VOLVO, petición que el juzgado nuevamente desestima.

5.3.- Analizaremos en primer lugar si se produce la irregularidad denunciada y en ese caso las consecuencias de los defectos en el emplazamiento.

6.- Sobre la irregularidad de la notificación o traslado por correo empleada por el Juzgado para el emplazamiento de las entidades demandadas. Exigencia de informar sobre la posibilidad de rechazo si los documentos no están traducidos.

6.1.- El artículo 14 del Reglamento 1393/2007, establece que cada Estado miembro tendrá la facultad de efectuar la notificación o traslado de documentos judiciales directamente por correo a las personas que residan en otro Estado miembro mediante carta certificada con acuse de recibo o equivalente, situación en la que no interviene el organismo receptor.

6.2.- El artículo 8.1.a) del Reglamento reconoce el derecho del destinatario a rechazar el emplazamiento si el documento está redactado en una lengua que no entienda. La obligación de informar al destinario del derecho a rechazar el documento de no estar en un idioma del estado requerido o que entienda ha sido expresamente recordada en la STJUE C-21/17 (Catlin Europe SE) de 6.09.2018.

6.3.- La Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de julio de 2022 dictada en el asunto C-7/21 recuerda

que (párrafo 35) la facultad de negarse a aceptar el documento que se ha de notificar o trasladar constituye un derecho del destinatario de dicho documento y forma parte de las facultades que comprende su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. El destinatario podrá ejercer ese derecho bien en el momento de la notificación o traslado de dicho documento, bien en el plazo de una semana, siempre que devuelva el mismo documento dentro de ese plazo.

6.4.- Se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (párr 36) que protege el derecho de defensa del destinatario de ese documento, respetando las exigencias de un proceso equitativo consagrado en el artículo 47, párrafo segundo, de la Carta.

6.5.- Aunque la finalidad primordial del Reglamento n.º 1393/2007 consiste en mejorar la eficacia y rapidez de los procedimientos judiciales y en garantizar la recta administración de la justicia, el Tribunal de Justicia ha declarado que tales objetivos no pueden alcanzarse debilitando, de cualquier manera que sea, el respeto efectivo del derecho de defensa de los destinatarios de los documentos de que se trate. (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de septiembre de 2018, Catlin Europe, C-21/17, EU:C:2018:675, apartado 33 y jurisprudencia citada).

6.6.- También señala la Sentencia citada (STJUE de 7 de julio de 2022, C-7/21) que el sistema establecido por el Reglamento n.º 1393/2007, no prevé ninguna excepción a la utilización del formulario normalizado que figura en su anexo II. El carácter obligatorio y sistemático de la utilización de ese formulario se aplica no solo a la transmisión de documentos mediante la intervención de los organismos transmisores y receptores designados por los Estados miembros, sino también, como resulta explícitamente del texto del artículo 8, apartado 4, de dicho Reglamento, a los modos de notificación o traslado contemplados en el capítulo II, sección 2, de dicho Reglamento, incluido el contemplado en el artículo 14, que consiste en la notificación o traslado por correo de un documento judicial (sentencia de 2 de marzo de 2017, Henderson C-354/15, EU:C:2017:157, apartados 55, 59 y 61, así como el auto de 5 de mayo de 2022, ING Luxembourg C-346/21, no publicado, EU:C:2022:368, apartados 32 y 35).

6.7.- El formulario constituye, como se desprende del considerando 12 del Reglamento n.º 1393/2007, un instrumento mediante el cual se informa al destinatario de su derecho a negarse a aceptar el documento que ha de ser notificado o trasladado. Y existe indudablemente la posibilidad de subsanar que ya se fijó en la STJUE C- 443/03 (Leffler) de 8 noviembre 2005.

7.- Valoración de la facultad del destinatario de rechazar la notificación por cuestiones de idioma y consecuencias.

7.1.- Se plantea la problemática acerca de si es posible analizar si el destinatario entiende un idioma o no. La STJUE C 519/13 (Alpha Bank Cyprus Ltd) de 16.09.2015 y el ATJUE C 384/14 (Alta Realitat) de 28 abril 2016 han determinado que el análisis lo puede hacer el órgano requirente que tiene todos los elementos de valoración, aplicando las consecuencias que su ley procesal prevea en caso de entender que el destinatario entiende el idioma del documento y haberlo éste rechazado tras haberle advertido de esta circunstancia.

7.2.- Ello se ha visto reflejado en la Exposición de Motivos del Reglamento (UE) 2020/1784 de 25 de noviembre de 2020 relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos») en la versión refundida que recientemente ha entrado en vigor.

7.3.- En este supuesto, el juzgado de instancia valora las circunstancias y considera que no se produce la situación que regula el Reglamento pues la demandada es una sociedad multinacional con amplia presencia internacional a través de filiales, incluido España. La realidad del conocimiento del derecho a rechazar el emplazamiento y del idioma español por parte de la demandada además no sólo se presume por razón de su carácter multinacional, y del hecho de que (en el caso de AB VOLVO que es trasladable a la recurrente) ha sido demandada en este y en

otros muchos procedimientos dimanantes del mismo expediente, sino que además resulta acreditada por el examen del contenido del escrito de declinatoria y del escrito de contestación a la demanda, en los que se advierte un pleno conocimiento del objeto y causa de la demanda. Se comparten los argumentos expuestos por el Juez de lo Mercantil.

8.- Consecuencias de la irregularidad denunciada: falta de remisión del formulario.

8.1.- Siendo relevante el cumplimiento escrupuloso de las normas del Reglamento y, en particular, de su art. 8, se constata la irregularidad formal cometida en el proceso que no tiene como consecuencia la nulidad del emplazamiento pues el juez de instancia valora el conocimiento del idioma por la entidad recurrente y además no existe vulneración del derecho de defensa.

8.2.- La nulidad sería incompatible con el objetivo perseguido por el Reglamento n.º 1393/2007, consistente en establecer un modo de transmisión directo, rápido y eficaz entre los Estados miembros de los documentos en materia civil y mercantil (sentencia de 2 de marzo de 2017, Henderson, C-354/15, EU:C:2017:157, apartado 57 y jurisprudencia citada) si no estuviera vinculada con el respeto efectivo del derecho de defensa.

8.3.- La comunicación del formulario normalizado constituye un requisito sustancial de forma, que tiene por objeto salvaguardar el derecho de defensa del destinatario del documento (párr. 50 de la STJUE de 6 de septiembre de 2018, asunto C-21/17 y párr. 60 de la STJUE de 16 de septiembre de 2015 en el asunto C-519/13). Por tanto, la nulidad se vincula al derecho de defensa cuya vulneración no se ha producido.

9.- Conclusiones sobre la relevancia constitucional de los actos de comunicación procesal. Vinculación con la vulneración del derecho de defensa a la luz del art. 47 CDFUE.

9.1.- Recuerda la STC de 18.10.2010, con cita de la de STC 93/2009, de 20 de abril la relevancia constitucional de los actos de comunicación procesal. En la reciente Sentencia del TC de 11 de julio de 2022 (ROJ: STC 91/2022 - ECLI:ES:TC:2022:91) con cita de la STC 59/2002, FJ 2, se aclara que *"la indefensión que proscribe el art. 24.1 CE no es la meramente formal, sino la material, es decir, aquella que haya causado al demandado un real y efectivo menoscabo de sus posibilidades de defensa"*.

9.2.- Aunque el sobre remitido en este caso no contenía el anexo II, la representación de la demandada se personó y alegó la falta de competencia internacional del juzgado y presentó en plazo el escrito de contestación. De este modo, no se ha generado indefensión alguna y la irregularidad se ve subsanada por la propia conducta procesal de la entidad codemandada. Alegado el defecto de emplazamiento en el escrito que cuestionaba la competencia internacional pero no solicitada la nulidad de actuaciones, se acepta la continuación del procedimiento y se presenta en plazo el escrito de contestación.

9.3.- Consideramos que no existe indefensión que pueda sustentar la declaración de nulidad de actuaciones ni el juzgado vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva de la entidad recurrente que se persona como demandada y ejercita su derecho de defensa.

9.4.- Se respetó el derecho de audiencia y de defensa, no solo en relación con el art. 24.1 CE, sino también en relación con el art. 47 CDFUE. La normativa del Derecho de la Unión Europea a la que debe acudirse para resolver la controversia en el emplazamiento exige la vulneración del derecho de defensa que no se aprecia en el supuesto analizado.

9.5.- Tampoco la recurrente fundamenta el motivo de recurso en una situación de indefensión más allá de la irregularidad en la notificación por lo que no se compromete el derecho a un proceso equitativo consagrado en el artículo 47 de la Carta. Este motivo de recurso debe ser desestimado.

TERCERO.- Marco legal aplicable: Directiva de Daños. Cuestiones prejudiciales y respuestas del Tribunal de Justicia. STJUE de 22 de junio de 2022 (asunto C-267/20).

10.- Para llegar al pronunciamiento estimatorio de la demanda y alcanzar las correspondientes conclusiones indemnizatorias la sentencia recurrida considera aplicable la Directiva de Daños en los siguientes extremos:

- El plazo de prescripción de 5 años previsto en el artículo 74 de la Ley de Defensa de la Competencia ya en vigor en la fecha de interposición de la demanda.

- La presunción de daño que regula el artículo 17.2 de la Directiva 2014/104, norma transpuesta en el artículo 76.3 de la Ley de Defensa de la Competencia

- La facultad de estimación judicial del daño prevista en el artículo 76.2 de la LDC que transpone el artículo 17.1 de la Directiva de daños.

- La carga de la prueba sobre la repercusión del sobrecoste "aguas arriba" del artículo 79.2 de la LDC que transpone el artículo 14.2 de la Directiva.

- La repercusión "aguas abajo" y carga de la prueba del artículo 78.3 de la LDC que transpone el artículo 13 de la Directiva.

11.- En ambos recursos se dice que el Juez aplica indebidamente, con carácter retroactivo, la Directiva de Daños (primer motivo de recurso de la codemandada AB VOLVO y los motivos segundo y tercero del recurso de DAF TRUCKS). En el régimen que consideran las recurrentes que es el aplicable, el artículo 1902 del Código Civil, se exige la prueba de la existencia y cuantía del daño. Defienden que en el supuesto expuesto por la sentencia de imposibilidad de prueba debe desestimarse la reclamación. Los recursos exponen que el Juzgado de primera instancia ha enjuiciado conductas llevadas a cabo hasta enero de 2011 con base en normativa europea aprobada a finales de 2014 y transpuesta al ordenamiento jurídico español a mediados de 2017. Argumentan que el régimen transitorio de la Directiva excluye su propia aplicación a hechos anteriores a su entrada en vigor, en diciembre de 2014. Sobre la irretroactividad se citan las conclusiones de la Abogada General Kokott en el caso Cogeco de 17 de enero de 2019.

12.- Esta problemática jurídica sobre la vigencia y aplicabilidad de la norma europea es la que obliga a plantear la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia para aclarar las dudas interpretativas sobre la Directiva de Daños. La cuestión prejudicial es un mecanismo de consulta del Juez nacional al Tribunal de Justicia, mediante la técnica de reenvío prejudicial, a fin de resolver la duda sobre el alcance e interpretación del Derecho europeo, como es el caso. Se expone así la duda interpretativa que surge sobre el ámbito de aplicación temporal de los artículos 10 y 17 de la Directiva de daños, que viene precisado por el artículo 22 de la citada Directiva, en concreto si resultan aplicables a una acción por daños que se refiere a una infracción del Derecho de la competencia que finalizó antes de la entrada en vigor de la Directiva y que fue ejercitada después de la entrada en vigor de las disposiciones que transponen tal Directiva al Derecho nacional (resumen del TJ en el párrafo 30 de la Sentencia que da respuesta a la cuestión prejudicial C-267/20).

13.- En las observaciones preliminares el Tribunal de Justica concreta en el párrafo 38 de la Sentencia que para determinar la aplicabilidad temporal de las disposiciones de la Directiva 2014/104 es preciso aclarar, en primer lugar, si la disposición en cuestión constituye o no una disposición sustantiva que es una apreciación que debe hacerse a la luz del Derecho de la Unión y no del Derecho nacional aplicable, con independencia del carácter que se atribuya a la norma en las medidas nacionales de transposición. Se resumen a continuación las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales que sobre la aplicación transitoria del derecho de la competencia remitió este Tribunal y que serán esenciales para dar respuesta a los concretos motivos de los recursos de apelación.

13.1.- En primer lugar, la STJUE de 22 de junio de 2022 (asunto C- 267/20) considera aplicable a estos litigios conocidos como el "cártel de los camiones" el artículo 10 de la Directiva 2014/104/UE y el artículo

74.1 LDC que es el precepto que transpone en el Derecho interno el correlativo artículo de la

Directiva. Aunque se trata de una disposición sustantiva a efectos del artículo 22, apartado 1, de dicha Directiva se considera que el plazo de prescripción aplicable a esa acción en virtud de la regulación anterior no se había agotado antes de que expirara el plazo de transposición de la Directiva.

13.2.- En segundo lugar, el Tribunal de Justicia afirma que el artículo 17, apartado 1, de la Directiva 2014/104 (facultad de estimación del daño) debe interpretarse en el sentido de que constituye una disposición procesal a efectos del artículo 22, apartado 2, de la citada Directiva y resulta aplicable a la acción por daños ejercitada después de 26 de diciembre de 2014 y después de la entrada en vigor de las disposiciones que transponen tal Directiva al Derecho nacional.

13.3.- Finalmente considera que el artículo 17, apartado 2, de la Directiva 2014/104 (presunción del daño) debe interpretarse en el sentido de que constituye una disposición sustantiva a efectos del artículo 22, apartado 1, de esta Directiva y que no es aplicable a una acción por daños que fue ejercitada con posterioridad a la entrada en vigor de las disposiciones que transpusieron tardíamente la Directiva al Derecho nacional.

14.- Conclusiones sobre el Marco legal aplicable que resultan de la STJUE de 22 de junio de 2022 (asunto C-267/20). Aplicación de la Directiva de Daños:

14.1.- La Directiva de daños es aplicable a las cuestiones de índole procesal, como la relevante facultad de estimación judicial del daño y también sobre otras normas sustantivas como el plazo de prescripción de 5 años respecto de acciones aún vivas en la fecha de transposición.

14.2.- La directiva no es aplicable a otras cuestiones de carácter material o sustantivo como la presunción del daño.

14.3.- Respecto de la posibilidad de aplicar la facultad de estimación judicial del daño como consecuencia de una infracción de derecho de la competencia, el Tribunal de Justicia es concluyente: el artículo 17, apartado 1, de la Directiva 2014/104 resulta aplicable. La trascendencia de este pronunciamiento se valorará en los fundamentos jurídicos de esta resolución destinados a razonar sobre la cuantificación y la estimación del daño.

14.4.- Con las respuestas del Tribunal de Justicia se descarta la argumentación de los motivos de recurso que giran en torno a la inaplicabilidad de la Directiva y del Real-Decreto de transposición.

14.5.- La Directiva será igualmente aplicable respecto de otras normas que puedan ser consideradas como de carácter procesal, aunque hayan sido transpuestas como normas sustantivas por el Real Decreto-ley 9/2017 que modifica la Ley de Defensa de la Competencia, pues es independiente del carácter que se atribuya a la norma en las medidas nacionales de transposición. La apreciación sobre las disposiciones sustantivas o procesales debe hacerse a la luz del Derecho de la Unión y no del Derecho nacional aplicable.

14.6.- La Directiva de Daños y la normativa interna de trasposición (Ley de Defensa de la Competencia, Título VI) resultan aplicables al caso en los términos especificados por la Sentencia del Tribunal de Justicia y que concretaremos en los siguientes fundamentos jurídicos que darán respuesta a todos y cada uno de los demás motivos de recurso, comenzando por el examen del plazo de prescripción de la acción.

CUARTO.- Plazo de prescripción de las acciones por daños derivadas de la infracción de normas del Derecho de la Competencia. Motivo primero del recurso de DAF TRUCKS N.V.

15.- La acción en este caso se ejercita con posterioridad a la transposición de la directiva de daños al derecho nacional (6 de abril de 2017), mediante demanda que se presenta el 1 de abril de 2018. La Comisión Europea el 19 de julio de 2016 publicó en su página web una extensa nota de prensa sobre la decisión de sanción y se detallan las conductas infractoras, el periodo de la infracción y su alcance geográfico, las empresas involucradas y la mención expresa al ejercicio de acciones legales de reclamación de daños. El plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual es de 1 año, artículo 1968.2 del

Código Civil y la recurrente insiste en que debe empezar a contar desde la publicación de la nota de prensa de modo que en la fecha de interposición de la demanda dicho plazo ya habría transcurrido. La sentencia recurrida rechaza la excepción de prescripción de la acción porque entre otros argumentos estima aplicable el plazo de prescripción de 5 años previsto en el artículo 74 de la Ley de Defensa de la Competencia ya en vigor en la fecha de interposición de la demanda, plazo que se introduce en derecho español con la publicación del Decreto-Ley 9/2017 que transpone la Directiva de daños. El legislador europeo estableció en la Directiva que todos los Estados miembros deberían garantizar un plazo mínimo de 5 años para reclamar daños derivados de ilícitos de las normas de defensa de la competencia. El Real Decreto-ley ha traspuesto esta obligación al ordenamiento español mediante el artículo 74.1, fijando el plazo en el mínimo exigido por la Directiva, esto es, 5 años. Esta es una de las novedades que ha introducido la Directiva de Daños.

16.- La cuestión sobre el plazo de prescripción suscitó en esta Audiencia Provincial problemas de interpretación respecto de la entrada en vigor de la directiva transpuesta el 6 de abril de 2017 y la aplicación del plazo de ejercicio de 5 años cuando la acción ha sido ejercitada con posterioridad a la entrada en vigor de la norma de transposición nacional y no ha prescrito con anterioridad, como es el caso.

16.1.- La duda interpretativa se centra en el artículo 22 de la directiva sobre los efectos retroactivos y su transposición por el legislador nacional, como se analizaba en la Sentencia del TJUE de 28 de marzo de 2019.

16.2.- En las conclusiones de la Abogado General Kokott (asunto Cogeco), se consideraba que el artículo 10 de la Directiva no es una norma "de naturaleza puramente procesal" y que no era aplicable a una demanda que se refiere a hechos anteriores a la entrada en vigor de la Directiva.

16.3.- En el asunto C-469/11 en una acción contra la Unión en materia de responsabilidad extracontractual se reconoce que existen varios argumentos para calificar los plazos de prescripción como normas sustantivas. Se trata del ejercicio ante los tribunales de un derecho subjetivo del demandante y existen diferencias entre los plazos procesales y la prescripción.

16.4.- La pregunta se consideró necesaria y relevante en el supuesto de comenzar el cómputo desde la publicación de la nota de prensa como defendía la entidad recurrente pues el plazo de 1 año ya habría transcurrido.

16.5.- La cuestión se refiere especialmente a las acciones que no hubieran prescrito en el momento de la entrada en vigor de la norma de transposición. Se trata de una situación en la que el hecho relevante, la expiración del plazo de prescripción, todavía no se ha completado por lo que podría entenderse que no habría aplicación retroactiva porque se trata de una situación en curso.

16.6.- La Comisión en su informe (párr. 38) argumentaba que la situación se encuentra en línea con la jurisprudencia del TEDH que interpreta el art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (principio de legalidad y de irretroactividad) en el sentido de que no se oponen a la aplicación de una extensión de los plazos de prescripción a hechos no prescritos. Cita un asunto penal en el que el principio de no aplicación retroactiva es más estricto que en los procedimientos civiles (STEDH Cöeme et outres/Belgium, CE:ECHR: 2000:0622, apart 149).

17.- La cuestión prejudicial sobre la aplicación del plazo de cinco años recibe respuesta en la STJUE de 22 de junio de 2022 (asunto C- 267/20) que considera aplicable a estos litigios conocidos como el "cártel de los camiones" el artículo 10 de la Directiva 2014/104/UE y el artículo

74.1 LDC, en los siguientes términos:

17.1.- Aunque se trata de una disposición sustantiva a efectos del artículo 22, apartado 1, de dicha Directiva se considera que el plazo de prescripción aplicable a esa acción en virtud de la regulación anterior no se había agotado antes de que expirara el plazo de transposición de la Directiva.

17.2.- El carácter sustantivo de la norma sobre prescripción no permite la reactivación de acciones ya extinguidas de acuerdo con el régimen legal precedente, pero sí permite valorar la aplicabilidad de las nuevas reglas a acciones vivas, aún no ejercitadas en el momento de la entrada en vigor de la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia (caso objeto del procedimiento), incluso del plazo de transposición de la Directiva (27 de diciembre de 2016).

17.3.- En el párrafo 74 de la Sentencia se describe este supuesto como la situación que sigue surtiendo sus efectos después de que hubiese expirado el plazo de transposición de la Directiva (incluso después de la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2017, que transpone la Directiva). Se trata del supuesto previsto en derecho nacional con carácter general en la Disposición Transitoria Cuarta del Código Civil, que permitió la interpretación conforme al principio de efectividad que el Juez de lo Mercantil realiza en la sentencia recurrida sobre la aplicación del plazo de prescripción de 5 años, como argumento de refuerzo.

18.- Por otra parte, sobre el inicio del cómputo del plazo ya el Abogado General en el párrafo 68 de las conclusiones consideraba que únicamente debía comenzar a correr a partir del día de la publicación del resumen de la decisión de la Comisión en el *Diario Oficial de la Unión Europea.* El Tribunal de Justicia en la Sentencia de 22 de junio de 2022 (párrafo 71) considera razonablemente que el perjudicado tuvo conocimiento de la información indispensable para el ejercicio de la acción por daños en la fecha de publicación del resumen de la Decisión final en el Diario Oficial de la Unión Europea, el 6 de abril de 2017.

19.- En definitiva, como el dies a quo viene determinado por la fecha de publicación en el DOUE de la Decisión (6 de abril de 2017) y el plazo de prescripción previsto en el artículo 74.1 LDC (aplicable a una situación jurídica que sigue surtiendo efectos) es de cinco años, no puede considerarse prescrita la acción en la fecha de presentación de la demanda. El motivo debe ser desestimado.

QUINTO.- Presunción del daño y aplicabilidad del artículo 17, apartado 2 de la Directiva 2014/104.

20.- La tercera alegación específica del recurso de VOLVO (Sección Segunda, motivo sexto) se refiere a la incorrecta aplicación del artículo 1.902 CC. porque presume indebidamente tanto la existencia del daño como la relación de causalidad entre la conducta sancionada y el daño. Los motivos segundo y tercero del recurso de DAF TRUCKS giran en torno a la misma problemática. La sentencia recurrida aplica el art.

17.2 de la Directiva y la legislación nacional de transposición que establece una presunción iuris tantum de que los cárteles causan un perjuicio y que invierte la carga de la prueba en relación con la regla general según la cual cada parte debe probar los requisitos fácticos de la norma jurídica invocada. De la Directiva y norma de transposición pueden diferenciarse la presunción del daño y su cuantificación, de tal forma que el primero se convierte en una exigencia de responsabilidad, mientras que el segundo se vincula con una cuestión de prueba.

21.- El Tribunal de Justicia considera que las dudas que se plantean por esta Audiencia Provincial en la cuestión prejudicial se refieren también a la presunción "iuris tantum" del daño, prevista en el artículo 17.2 de la Directiva y da la oportuna respuesta en los párrafos 90 y siguientes de la Sentencia.

21.1.- Argumenta que se desprende del considerando 47 de la Directiva 2014/104, que el legislador de la Unión limitó esta presunción a los asuntos relacionados con cárteles, dada su naturaleza secreta, lo que aumenta la asimetría de información y dificulta a los perjudicados la obtención de las pruebas necesarias para acreditar el perjuicio.

21.2.- Coincide con el Abogado General, en esencia, en los puntos 78, 79 y 81 de sus conclusiones, con el siguiente razonamiento: *"aunque el artículo 17, apartado 2, de la Directiva 2014/104 regula necesariamente --al establecer una presunción-- el reparto de la carga de la prueba, esta disposición no tiene una finalidad meramente probatoria"*. Concluye que se trata de

una norma sustantiva que no resulta aplicable al supuesto analizado.

22.- Excluida la aplicación de la Directiva de Daños y de la norma de transposición, entendemos que no procede limitar el marco normativo estrictamente a lo dispuesto en el artículo 1.902 del Código Civil porque la doctrina del Tribunal de Justicia ha declarado de modo reiterado que el artículo 101 TFUE junto con el principio de efectividad son directamente aplicables.

23.- Son especialmente relevantes las conclusiones del Abogado General en el asunto prejudicial C-267/20 que se plantea en este recurso:

23.1.- En los puntos 139 a 141 explica que la interpretación que propone (inaplicabilidad del artículo 17.2 de la Directiva) no impediría en absoluto a los órganos jurisdiccionales nacionales aplicar presunciones relativas a la carga de la prueba sobre la producción de un perjuicio que existieran con anterioridad a las respectivas normas nacionales de transposición, cuya conformidad con las exigencias del Derecho de la Unión debe evaluarse teniendo en cuenta, en particular, los principios generales de equivalencia y efectividad.

23.2.- En el punto 137 dice que el artículo 16, apartado 1, del Reglamento n.º 1/2003, que codifica la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, en particular, la sentencia Masterfoods y HB, (Sentencia de 14 de diciembre de 2000 (C 344/98, EU:C:2000:689) dispone que, cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 101 TFUE o 102 TFUE que ya hayan sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión.

23.3.- Concluye en el párrafo 138 lo siguiente: *"En mi opinión, ello permitiría facilitar la acreditación de la relación de causalidad entre la infracción (ya declarada mediante la Decisión de la Comisión) y el perjuicio sufrido sin recurrir a una aplicación retroactiva del artículo 17, apartado 2, de la Directiva 2014/104"*.

24.- La STJUE de 5 de junio de 2014 (C-557/12) declara: *"20 Procede recordar que los artículos 101 TFUE, apartado 1, y 102 TFUE producen efectos directos en las relaciones entre particulares y crean derechos en favor de los justiciables que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar (véanse las sentencias BRT/SABAM, 127/73, EU:C:1974:6, apartado 16; Courage y Crehan, EU:C:2001:465, apartado 23, y Manfredi y otros, EU:C:2006:461, apartado 39).*

21 La plena eficacia del artículo 101 TFUE y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 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 que pueda restringir o falsear el juego de la competencia (sentencias Courage y Crehan, EU:C:2001:465, apartado 26; Manfredi y otros, EU:C:2006:461, apartado 60; Otis y otros, C-199/11, EU:C:2012:684, apartado 41, y Donau Chemie y otros, C- 536/11, EU:C:2013:366, apartado 21).

24 Ante la inexistencia de una normativa de la Unión en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las modalidades de ejercicio del derecho a solicitar la reparación del daño resultante de un acuerdo o práctica prohibidos por el artículo 101 TFUE, incluyendo lo relativo a la aplicación del concepto de «relación de causalidad», siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad (sentencia Manfredi y otros, EU:C:2006:461, apartado 64).

26 A este respecto, y específicamente en el ámbito del Derecho de la competencia, estas normas no deben menoscabar la aplicación efectiva de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE (véanse las sentencias VEBIC, C-439/08, EU:C:2010:739, apartado 57; Pfleiderer, EU:C:2011:389, apartado 24, y Donau Chemie y otros, EU:C:2013:366, apartado 27)."

25.- En consecuencia, al examinar en esta alzada las alegaciones de los recursos sobre los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual relativos a la relación de

causalidad y a la existencia del daño, es preciso aplicar también el artículo 101 TFUE en cuanto reconoce el derecho de los perjudicados a la indemnización por conductas anticompetitivas de modo que su ejercicio no resulte prácticamente imposible ni excesivamente difícil. Es decir:

25.1.- El hecho de fijar el artículo 1.902 CC. como marco normativo de la acción indemnizatoria sin que pueda aplicarse la Directiva 2014/104/UE no impide presumir la existencia del daño y de la relación de causalidad.

25.2.- Los jueces nacionales, como hemos analizado previamente, podrán aplicar presunciones basadas en la experiencia y elementos que mitiguen el estándar de prueba preexistente a las respectivas normas nacionales de transposición y cuya disponibilidad debe evaluarse prestando especial atención a los principios generales de eficacia y equivalencia (Sentencia C-453/99 Courage, párr 29).

25.3.- Esta línea es también la que sigue la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre 2013, fundamentos de derecho 3.6º y 5.1º en lo relativo a la presunción del daño: *"Para que los compradores directos no tengan derecho a ser indemnizados por el coste excesivo sería necesario probar que el daño fue repercutido a terceros..."*.

26.- Las consecuencias de esta doctrina se examinarán en el siguiente fundamento jurídico con especial referencia al argumento de las recurrentes sobre la inexistencia de daño derivado de la conducta sancionada en la Decisión que se limita al intercambio de información sobre los precios brutos de los camiones.

SEXTO.- Existencia del daño y relación de causalidad. Falta de prueba de la incidencia causal entre las conductas sancionadas por la Comisión y el incremento del precio.

27.- La Sentencia de instancia en el fundamento jurídico quinto se refiere de forma expresa a la relación de causalidad que trata lógicamente como la cuestión central de la controversia. Este Tribunal comparte los razonamientos de la sentencia recurrida, salvo los relativos a la presunción del daño con fundamento en la regulación de la Directiva que como norma de carácter sustantivo no es aplicable. Sin embargo, los razonamientos que derivan de lo expuesto en el anterior fundamento jurídico implican que una infracción de cártel determina la entrada en funcionamiento de las presunciones relativas a la relación de causalidad y a la existencia del daño, por aplicación del artículo 101 TFUE que reconoce el derecho de los perjudicados a la indemnización por conductas anticompetitivas de modo que su ejercicio no resulte prácticamente imposible ni excesivamente difícil. Se aplicarán las presunciones basadas en la experiencia y elementos que mitiguen el estándar de prueba con respeto a los principios generales de eficacia y equivalencia. Como también razona el juez de instancia nos encontramos en el ámbito de las presunciones judiciales del artículo 386.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es, de los hechos o indicios sobre la fijación coordinada de los precios brutos (precios de lista) por los integrantes del cártel, mediante "un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano", queda acreditado el hecho presunto que es la necesaria repercusión en los precios finales (precios de transacción).

28.- Consideran las entidades recurrentes que la conducta sancionada en la Decisión se limita al intercambio de información sobre los precios brutos de los camiones y, en ningún caso, permite presumir la existencia del daño consistente en una fijación coordinada del incremento de precios entre las distintas empresas.

28.1.- Recurso de VOLVO.

Incide en que el precio final del camión viene determinado de forma esencial por la negociación bilateral y particular entre los concesionarios y distribuidores con el comprador lo que privaría de efecto a la supuesta conducta anticompetitiva. Según dicha entidad recurrente no existe esa relación directa entre el incremento del precio bruto y el precio neto como lo demuestran los descuentos aplicados en las ventas de los camiones tras las negociaciones individualizadas durante el proceso de comercialización entre los distribuidores y los compradores finales.

28.2.- Recurso de DAF TRUCKS N.V.

En el motivo tercero desarrolla su teoría de que no existe una relación sistemática entre los cambios en los precios de lista y los cambios en los precios de transacción que responden a la demanda y a otras condiciones del mercado. Tesis que apoya en las conclusiones del informe pericial. Defiende que los intercambios de información que sanciona la Comisión no producen ni se infieren automáticamente efectos anticompetitivos en el mercado ni mucho menos el daño que reclama el demandante.

29.- En el fundamento quinto de la Sentencia de instancia se dice que: *"no puede concluirse del contenido de la Decisión que la misma se limite a constatar un mero intercambio de información sobre precios brutos, sino que más allá de esta, los participantes en el cártel adoptaron acuerdos de fijación de precios, cuyos efectos apreciables sobre el comercio aquella presume"*. Compartimos esta conclusión pues no tendría lógica entender que, si los fabricantes intervinientes en el cártel pretendían falsear la competencia mediante un acuerdo colusorio sobre precios brutos, después dejaran a los concesionarios independientes plena libertad para fijar los precios netos. El acuerdo de fijación de precios brutos tenía como finalidad la de evitar la incertidumbre de la competencia, por lo que carece de sentido que posteriormente en la cadena de distribución se respetaran las normas de libre competencia, de modo que el acuerdo colusorio necesariamente debía comprender la fijación de precios.

30.- Apoya la argumentación, tanto del juez de lo mercantil como de los precedentes fundamentos, el texto de la Decisión de 19 de julio de 2016 que refiere en varios de sus apartados que el intercambio de información sobre incrementos de precios brutos constituye un instrumento hábil para la fijación de los precios de los camiones afectados, que la finalidad era la de eliminar la incertidumbre sobre el comportamiento de los respectivos destinatarios y, en última instancia, la reacción de los clientes en el mercado. El objetivo económico era la distorsión de la fijación independiente de precios y el movimiento normal de los precios de los camiones en el EEE. Se refiere a que puede presumirse que los efectos sobre el comercio son apreciables. No es relevante que la Comisión no declarara los efectos en el mercado porque no era un presupuesto necesario para fijar la sanción. El período prolongado de duración del cártel y la importante cuota de mercado que cubrían los integrantes, superior al 90%, también permite deducir que su finalidad no era el simple intercambio de información sobre precios, sino que con esa información se suprimiría el riesgo de la incertidumbre que conlleva siempre la competencia para sustituirlo por una coordinación de los intervinientes en la fijación e incremento de los precios brutos. La Guía Práctica de la Comisión para cuantificar el perjuicio en las demandas de daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 y 102 TFUE, que cita el recurso de apelación, alude a una máxima de experiencia y es que nadie se arriesga a una importante sanción administrativa si no obtiene como contraprestación un importante beneficio. Y los apartados 141 a 145 de la misma Guía Práctica aluden a un dato empírico y es que el 93% de los cárteles examinados en un estudio encargado por la Comisión (Informe OXERA) ocasiona "costes excesivos".

SEPTIMO.- Incongruencia de la Sentencia y prueba del pago del precio. Recurso de VOLVO (motivos tercero y cuarto): Principios de rogación, congruencia y normas sobre valoración probatoria.

31.- Antes de entrar en el apartado de cuantificación del perjuicio, pronunciamiento esencial de esta resolución, procede analizar los motivos del recurso de VOLVO que se han esquematizado en la que denomina Sección Primera como de naturaleza procesal, en concreto los motivos tercero y cuarto. Se dejará para su desarrollo argumental en los siguientes fundamentos jurídicos las alegaciones de la recurrente que tengan conexión con la estimación judicial del daño y la apreciación de un sobrecoste del 15%.

32.- Motivo tercero del Recurso de VOLVO: incongruencia "extra petita". Se defiende que la sentencia recurrida descarta el informe pericial elaborado por KPMG con base en razonamientos

no alegados por el demandante. En concreto la recurrente afirma que se niega valor probatorio a la pericial por cuanto no vendría fundada en "datos debidamente contrastables" (página 12 de la sentencia).

32.1.- La sentencia de instancia realiza una valoración crítica de los dictámenes aportados y, tras ello, aplica la doctrina de la estimación judicial del daño, actuación que se considera correcta y en modo alguno constitutiva de incongruencia.

32.2.- El motivo no puede ser atendido porque el juez no da ni más ni cosa distinta a la pedida en la demanda ni en base a hechos no discutidos en el litigio. No acoger el criterio del informe elaborado por KPMG no implica vulneración de los artículos 216 y 218.1 LEC

32.3.- Confunde la parte el error en la valoración de la prueba y la falta de motivación judicial, o discrepancia con esta en la estimación del daño, con los principios de rogación y dispositivo consagrados en los art 216 y 218.1 LEC.

33.- Motivo cuarto del Recurso de VOLVO. Se articula en torno a la falta de prueba por el demandante de haber satisfecho el precio de los camiones objeto de litis. Hace referencia a la legitimación activa y al concepto de perjudicado.

33.1.- Se descarta la excepción de falta de legitimación activa en el fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida.

33.2.- Se alega por VOLVO en su recurso que la sentencia vulnera los artículos 217 y 265 de la LEC, así como el artículo 24 de la CE, e incurre en error en la valoración de la prueba al no haber acreditado la actora el pago del precio, de modo que no hay prueba de daño alguno.

33.3.- La tesis de la recurrente es que resultan insuficientes los contratos de arrendamiento financiero de los dos camiones adquiridos de VOLVO y que el resto de los documentos justificativos de la pretensión fueron aportados extemporáneamente en la audiencia previa, en concreto sobre el ejercicio de la opción de compra.

33.4.- Teniendo en cuenta el contenido de los contratos de arrendamiento financiero o "leasing" obrantes en autos y los términos del certificado sobre el ejercicio de la opción de compra queda totalmente probado el cumplimiento íntegro de las obligaciones asumidas por el arrendatario y, por tanto, la adquisición del pleno dominio sobre los vehículos.

33.5.- No se produce infracción en la admisión en el acto de la audiencia previa de las pruebas propuestas sobre el ejercicio de la opción de compra pues con la demanda se aportaron los contratos de leasing como documentos en los que se fundamentó la legitimación activa y se aportó también el informe de la Dirección de Tráfico. La certificación y su aportación en la Audiencia Previa responde a las alegaciones del escrito de contestación.

33.6.- En los certificados se recoge el ejercicio de la opción de compra por el arrendatario financiero y la cancelación que implica necesariamente el total pago del precio de adquisición y del coste de su financiación.

33.7.- La cualidad de perjudicado - y por tanto legitimado activo - la tienen los que pagaron un sobreprecio para adquirir la propiedad o derecho de explotación de los productos cartelizados (camiones medios y pesados), al margen de la fórmula de pago (arrendamiento financiero en este caso) y sin que tenga que justificarse el pago de cada una de las cuotas mensuales del contrato de leasing.

33.8.- Lo anterior colma las exigencias del art 465 LEC respecto del motivo cuarto del recurso de VOLVO, que descartamos.

OCTAVO.- Cuantificación de los Daños y Perjuicios.

Valoración de los informes periciales.

34.- Determinada la existencia del daño, debe dar lugar a la correspondiente responsabilidad, pues de otra forma resultaría vulnerado el principio de pleno resarcimiento. La cuantificación del daño es un acto de ejecución del daño probado, cuya concreción ha de realizarse conforme a modelos, métodos y técnicas que, salvo que se tengan todos los elementos y documentos, siempre van a ser aproximativos de la cuantía que realmente debe ser indemnizada, como señala la guía de 2013. La

Guía o documento de trabajo de la Comisión se refiere y expone una serie de métodos de cuantificación del daño: Comparativos (diacrónico) entre periodos anteriores y posteriores a la vigencia del Cártel, con otros entornos geográficos; análisis de regresión; modelos de simulación y otros basados en costes o métodos financieros. Se trata de averiguar cómo hubiera evolucionado el mercado sin la infracción de los arts. 101 y 102 T.F.U.E.

35.- La sentencia recurrida analiza exhaustivamente todos los informes periciales presentados y llega a estimar la pretensión por aplicación de la facultad de estimación judicial del daño en este supuesto de extraordinaria dificultad de acreditar el importe del sobrecoste repercutido al perjudicado como consecuencia del acuerdo colusorio. El motivo tercero del recurso de DAF TRUCKS N.V. y los motivos segundo y quinto de VOLVO se dirigen contra la argumentación de la sentencia en este apartado y las valoraciones de los informes periciales. Examinaremos las críticas expuestas tanto en la sentencia como en los recursos respecto de cada uno de los tres informes periciales, recogiendo resumidamente la opinión de este Tribunal:

35.1.- El informe que se acompaña con la demanda emitido por ZUNZUNEGUI Y SOBRINO ASOCIADOS SL, se considera por la sentencia recurrida carente de la solidez fáctica exigible fundada en datos contrastables. Se llega a la conclusión de que no sirve para la cuantificación del daño. En el recurso de VOLVO se pone de manifiesto que el informe es un "certificado de valoración" que se limita a la aplicación de un sobrecoste del 16,68% al precio de adquisición de los camiones, sin presentar los supuestos empleados en el desarrollo de la metodología. El informe se apoya en las explicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela. La recurrente afirma que fue la propia dejadez probatoria del demandante la que lleva a la estimación judicial del daño.

35.2. - En el informe se expone en primer lugar el método seguido y el apoyo de la Universidad de Santiago de Compostela como encargada del desarrollo del modelo para cuantificar el exceso de precio de los camiones vendidos en el período del cártel, al igual que ha validado las bases de datos, parámetros o variables necesarias para el desarrollo del modelo de análisis de precios. La sentencia recurrida ha rechazado su poder de convicción por falta de datos a la hora de determinar el porcentaje del impacto del cártel sobre los precios finales y el aquietamiento de la parte actora exime de razonar sobre la cuestión.

35.3.- El informe pericial de KPMG aportado por VOLVO parte de una tesis, la inexistencia de daño, y llega al final a rechazar que exista repercusión en los precios netos como consecuencia del intercambio de información sobre los precios brutos, conclusión que no convence. Esta teoría es contradictoria con los argumentos expuestos en anteriores fundamentos jurídicos sobre la prueba del daño derivado del cártel y las conclusiones del informe resultan inasumibles. El incremento del precio bruto incide necesariamente en el precio al concesionario y también en el precio final al cliente, aunque esta repercusión no sea automática. Se niega el daño y se construye la teoría en torno a esta negativa por lo que no aporta una estimación razonada del perjuicio. Además, el informe parte de datos suministrados por VOLVO sin que pueda contrastarse su veracidad y limita el período temporal analizado a un período distinto del infractor cuando precisamente los efectos del intercambio de información se producen progresivamente.

35.4.- El Informe de COMPASS LEXECON de DAF TRUCK hace una crítica del dictamen de la actora y propone sus conclusiones. Utiliza el método diacrónico de comparación temporal de los precios netos a concesionario durante parte de la vida del cartel (2005-2011) con un periodo posterior al mismo. Atiende a una gama de factores y concluye que la actividad ilícita objeto de sanción por la Comisión fue irrelevante para la evolución de los precios. La ausencia de datos anteriores a 2005, supone un déficit en este sentido y son datos concedidos por la propia fabricante sancionada. En todo caso, la pericial de la demandada es más (aunque no solamente) una crítica del modelo de la actora. La presunción del sobreprecio (un 93% de los cárteles lo producen),

con estos presupuestos, hace que resulte inadmisible la conclusión de la pericial de la demandada: que no existió sobreprecio.

35.5.- Los informes periciales de las entidades demandadas intentan justificar la ausencia de efectos (y consecuentemente de daños) derivados de la conducta consistente en el intercambio de información sobre listas de precios brutos entre los distintos fabricantes de camiones participes en el cártel, conclusión que no compartimos. Los informes incluyen una detenida descripción del mercado de camiones de la que se desprende - como de la propia Decisión de la Comisión origen de la acción - su complejidad y la multiplicidad de factores que influyen en la determinación del precio. Sin embargo, la complejidad no suprime el hecho de la producción de efectos derivados de una conducta sancionada que se mantiene durante 14 años y que afecta a todo el espacio económico europeo.

36.- Conclusiones sobre la valoración de los informes periciales.

36.1.- Se reconoce el esfuerzo desplegado para intentar acreditar el perjuicio aunque se haya considerado insuficiente el informe de la demanda para la cuantificación. Son evidentes las dificultades que enfrentan los perjudicados en el proceso de cálculo del concreto perjuicio reclamado. Que el dictamen de Zunzunegui y Sobrino Asociados, S.L., no permita concluir que el porcentaje que propone concrete exactamente el daño sufrido, no conlleva la desestimación de la demanda porque pese a su rechazo reconocemos que se ha hecho un intento serio para cumplir con la prueba del sobreprecio en un contexto indudable de dificultad probatoria.

36.2.- Una vez excluidos los métodos de valoración empleados por las partes para el cálculo del sobreprecio, entramos a examinar la aplicación de la facultad judicial de estimación del daño por el juez de instancia y en consecuencia el resto de los argumentos que DAF TRUCK NV expone en el motivo tercero sobre la facultad de estimación judicial del daño y los motivos segundo y quinto del recurso de VOLVO que desarrolla la errónea valoración de la prueba y la que denomina "arbitraria estimación del sobrecoste llevada a cabo por el Juzgador a quo".

NOVENO.- Aplicación de la facultad de estimación judicial del daño. Marco legal aplicable: Directiva de Daños.

37.- En este fundamento adquiere una extraordinaria relevancia la respuesta que la Sentencia del Tribunal de Justicia ofrece a la cuestión que esta Audiencia Provincial planteaba sobre el marco legal aplicable. La Sentencia de 22 de junio de 2022 (asunto C-267/20) considera aplicable a estos litigios conocidos como el "cártel de los camiones" el artículo 17, apartado 1, de dicha Directiva 2014/104, disposición de carácter procesal a efectos del artículo 22, apartado 2. Por tanto, la facultad judicial de estimación del daño resulta aplicable a la acción por daños ejercitada después del 26 de diciembre de 2014 y después de la entrada en vigor de las disposiciones que transponen tal Directiva al Derecho nacional. El marco legal que concreta el Tribunal de Justicia como aplicable a estos litigios convalida la interpretación que al respecto hace el Juez de lo Mercantil en la Sentencia recurrida.

38.- Entre los argumentos que se exponen en el desarrollo de la cuestión prejudicial en el asunto C-267/20 y con la finalidad de lograr la correcta aplicación de la Directiva al supuesto analizado se destacarán los que constan en el informe de la Comisión, en las conclusiones del Abogado General y en la Sentencia del Tribunal de Justicia.

38.1.- Informe de la Comisión.

La facultad del art 17.1 de la Directiva atenúa considerablemente la obligación del demandante de concretar con precisión la cuantía del daño sufrido y podría facilitar la resolución de estos asuntos. No invierte la carga de la prueba y solo proporciona al juez nacional un método para cuantificar el importe del daño, le faculta para hacer una estimación del daño, una vez que se ha determinado de forma suficiente en Derecho que ha habido una infracción de las normas de competencia, que el demandante ha sufrido un perjuicio, que el daño fue causado por la infracción (incluyendo que el demandado no haya desvirtuado la presunción de que el cártel causó el

daño) y que resulta prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar con precisión el perjuicio sufrido sobre la base de las pruebas disponibles.

38.2.- Conclusiones del Abogado General.

Pone de relieve que el artículo 17.1 de la Directiva es una expresión del principio de efectividad del Derecho de la competencia desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (párrafos 71 y 72) y suaviza los estándares de prueba sobre el importe del perjuicio sufrido que pretende remediar la asimetría de información que existe en detrimento de la parte demandante (párrafo 74). Añade que la cuantificación del perjuicio sufrido, en particular en los asuntos de cárteles, exige evaluar de qué manera habría evolucionado el mercado afectado de no existir la infracción, tarea casi imposible de cumplir para una parte perjudicada. Refiere el ajuste de los estándares de prueba y el nivel de prueba inferior mediante este método de cuantificación del importe del perjuicio. Es un refuerzo de la misión natural del juez en el marco de una acción por daños.

38.3.- Sentencia del Tribunal de Justicia.

Los párrafos 82 y 83 señalan que el artículo 17.1 de la Directiva tiene por objeto flexibilizar el nivel de prueba exigido y subsanar la asimetría de información, en relación con las dificultades derivadas del hecho de que la cuantificación del perjuicio sufrido requiere evaluar cómo habría evolucionado el mercado de referencia si no se hubiera producido la infracción.

39.- En definitiva, una vez establecida la responsabilidad, y si resulta prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar con precisión el perjuicio sufrido, esta herramienta atenúa considerablemente la obligación del demandante (característica de los procedimientos de reclamación de daños) de probar y concretar con precisión la cuantía del daño sufrido y refuerza la que es tarea natural del juez en los procedimientos de daños, que es la determinación de la cuantía del daño.

40.- Consideramos el carácter novedoso de la facultad de estimación judicial del daño que significa la reducción de los estándares de prueba necesarios para determinar el importe de los perjuicios y que implica una mayor facilidad para cuantificar el daño que la mera aplicación a estos supuestos del principio de efectividad y del derecho al pleno resarcimiento del perjudicado por un ilícito anticompetitivo del art. 101 TFUE, ya integrante de nuestra jurisprudencia anterior (véase Sentencia del TS Ebro Foods, cártel del azúcar, de 7/11/2013, Ponente: Sarazá Jimena). En definitiva, supone una mayor facilidad en este aspecto respecto de la jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo que con mayores dificultades argumentativas ha servido de fundamento para la estimación judicial del daño en las numerosas sentencias que hasta el momento han dictado los Juzgados mercantiles y las Audiencias Provinciales sobre las reclamaciones de daños derivadas del denominado "cartel de los camiones".

41.- Como facultad que entendemos es novedosa, con las explicaciones derivadas de la cuestión prejudicial planteada por esta Audiencia Provincial, vamos a concretar los presupuestos y fundamentación para la aplicación de este recurso alternativo de cuantificación del daño sufrido por una infracción del art. 101 TJUE, en este caso concreto:

41.1.- Constatamos que ya el Abogado General considera en el párrafo 74 de las conclusiones (C-267/20) que en estos procedimientos (asuntos de cárteles) la cuantificación que deriva de la evolución del mercado afectado de no existir la infracción es una tarea casi imposible de cumplir. Este argumento de las conclusiones colma de inicio la exigencia de que resulte prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar con precisión el daño.

41.2.- Por tanto, esta facultad de estimación del daño, en las conclusiones del Abogado General se representa muy vinculada a la infracción del Derecho de la Competencia.

41.3.- En este supuesto el demandante ha realizado una labor importante para demostrar y cuantificar el perjuicio, aunque no ha logrado ofrecer datos fiables sobre el cálculo del sobreprecio, lo cual es imposible por la falta de un

mercado comparable al afectado y porque los datos no están en poder del perjudicado.

41.4.- El informe denominado "certificado de valoración" presentado con la demanda pone de manifiesto con absoluta claridad las dificultades que entraña la cuantificación del perjuicio:

- El párrafo 16 expresa: *"La cuantificación de ese perjuicio exige comparar la situación actual con la situación que estaría sin la infracción, escenario que no es real, denominado contrafactual, y como tal es imposible saber con certeza plena como seria el escenario sin infracción. Por lo tanto, a la hora de determinar el quantum se tendrá en cuenta el escenario más probable que hubiera existido sin la infracción".*

- El párrafo 18 añade: *"el quantum está sujeto a limitaciones considerables en cuanto al grado de certeza y precisión que pueda esperarse".*

- El párrafo 27 dice: *"se han analizado todos los métodos y técnicas que aconseja la Comisión Europea, la Guía Práctica, entre otras, valorando la información estadística disponible..... la falta de información estadística limita el alcance de estas técnicas".*

- A pie de página se dice: *"Existe una limitación inherente al propio ilícito antitrust: un periodo de 14 años, que si se estudia su comparativo con el periodo antes y después del cartel, el periodo abarcaría un mínimo de 24 años, eso añadido al número de marcas y a la diversidad de modelos, nos llevaría a un número de datos excesivo de los cuales no se dispone".*

41.5.- Se cumple la exigencia de diligencia en la aportación probatoria y la imposibilidad de cuantificar con exactitud. Se aplica ahora ese nivel de prueba inferior respecto del que normalmente se exige, por la evidencia de que el demandante cuenta con serias dificultades para cuantificar con precisión el perjuicio.

42.- A la vista de las dificultades de manejar información certera y la directa aplicación de la Directiva y del artículo 76.2 de la LDC, compartimos el ejercicio concreto que el Juez de Instancia hace de la facultad de estimación del daño. La falta de datos del mercado afectado se reconoce en todos los informes periciales por lo que es evidente la falta de prueba directa. La dificultad se incrementa notablemente cuando el demandante es una persona física que tiene aún más complicada la disposición de información. Sin embargo, se considera que la parte actora y las entidades demandadas han realizado un esfuerzo apreciable con la presentación de los informes periciales que no logran alcanzar unas conclusiones aceptables. La valoración que se presenta con la demanda es suficientemente detallada, aunque se ofreciera con un complemento de la información que tampoco hubiera logrado cuantificar el perjuicio por la falta de datos del mercado afectado.

43.- Descartamos el vicio de incongruencia que fundamenta el motivo segundo del recurso de apelación de VOLVO. La utilización de la facultad judicial de estimación del daño está prevista en la ley aplicable al caso: la directiva de daños (artículo 17.1) y la norma de transposición (artículo 76.2 de la LDC). Se vincula así la estimación de la demanda con la valoración de los informes periciales y la imposibilidad probatoria que conduce a la apreciación de un sobrecoste del 15%. La sentencia recurrida no sustituye la actividad probatoria de las partes ni vulnera el principio de rogación ni suple los defectos en la alegación y prueba de los requisitos fácticos de la acción. No se está reemplazando la actividad probatoria de las partes sino precisamente aplicando una facultad legal expresamente prevista para este supuesto en el que se constata la excesiva dificultad para cuantificar con precisión el daño.

44.- En este contexto resulta razonable que el Juez de instancia considere las conclusiones del informe OXERA sobre cuantificación de daños elaborado para la Comisión Europea en 2009 como fundamento del cálculo del 15% de perjuicio soportado. Ante la imposibilidad de alcanzar una conclusión con las pruebas aportadas, el órgano judicial debe realizar una estimación alzada de carácter discrecional, pero no arbitrario, que por ello puede descansar sobre un cálculo estadístico de carácter general. Se adopta así un criterio objetivo y general, como es la consideración del estudio estadístico con datos contrastados que es

el que se extrae del Informe Oxera. Consideramos correcta la fijación en la Sentencia recurrida del porcentaje del 15% atendidos los parámetros del estudio Oxera, la duración de la infracción -catorce años-, la naturaleza de la infracción y su incidencia sobre los precios.

DECIMO. - Repercusión del sobrecoste en el comprador directo. Sobre la posible repercusión del perjuicio sufrido a terceros.

45.- Repercusión del sobreprecio al comprador indirecto.

Normativa y jurisprudencia aplicable

45.1.- El motivo cuarto del recurso de DAF TRUCK NV concreta las discrepancias respecto del fundamento SÉPTIMO de la Sentencia de Primera Instancia.

45.2.- La resolución recurrida descarta la alegación de falta de prueba de la repercusión del sobrecoste "aguas arriba", del fabricante al concesionario independiente y al comprador final. Aplica el artículo 79 de la LDC que regula la presunción de la repercusión del sobrecoste al comprador indirecto en los supuestos que contempla, salvo que la parte demandada pruebe que los sobrecostes no se repercutieron. El Juzgado aplica la presunción y considera que el comprador indirecto ha sufrido el perjuicio.

45.3.- La Directiva de daños y perjuicios aborda específicamente las dificultades a las que se enfrentan los compradores indirectos al tratar de obtener compensación por el daño ocasionado por la repercusión de un sobrecoste y su artículo 14.2 establece una presunción "*iuris tantum*" conforme a la cual se considera que un demandante (el comprador indirecto) ha acreditado que tuvo lugar una repercusión del comprador directo al comprador indirecto, siempre y cuando el demandante pueda demostrar que se cumplen unas determinadas condiciones. Son las siguientes: que el demandado haya cometido una infracción del Derecho de la competencia de la UE; que la misma haya tenido como consecuencia un sobrecoste para el comprador directo del demandado; y el comprador indirecto ha adquirido los bienes o servicios objeto de la infracción del Derecho de la competencia de la UE, o bienes o servicios derivados de aquellos o que los contengan.

45.4.- El artículo 79 de la LDC que aplica el juez de instancia es el que transpone el artículo 14.2 de la Directiva.

45.5.- En el informe de la Comisión correspondiente a la cuestión prejudicial que se plantea por este Tribunal, asunto C-267/20, sobre la aplicación de la Directiva se argumenta que cuando una presunción legal tiene como objetivo invertir la carga de la prueba y se refiere al establecimiento de una de las condiciones constitutivas de la responsabilidad sustantiva (como el establecimiento del daño en el art. 17.2 de la Directiva y también la existencia de la repercusión del sobrecoste en el artículo 14.2 de la Directiva), dicha presunción debe considerarse una disposición sustantiva en el sentido del artículo 22.1 de la Directiva.

45.6.- El Tribunal de Justicia en la Sentencia de 22 de junio de 2022 considera que la directiva no es aplicable a otras cuestiones de carácter material o sustantivo como la presunción del daño, por lo que debe tenerse en cuenta la estrecha vinculación de la prueba del daño con la presunción de repercusión del sobrecoste al comprador indirecto, con el traslado de los argumentos que desarrolla el Tribunal de Justicia en la cuestión prejudicial sobre el artículo 17.2 de la Directiva.

45.7.- Por tanto, entendemos que en este aspecto no es aplicable la Directiva ni la presunción por su carácter sustantivo. Será preciso analizar el tema desde la perspectiva del derecho nacional y de la jurisprudencia aplicable.

45.8.- Esta presunción, en cuanto al comprador indirecto, puede ser asumida sin apartarse de las reglas del Derecho nacional y con arreglo al principio de efectividad, aunque no sea aplicable la Directiva de daños. La aplicación de la regla presuntiva podría tener mayores dificultades en otros supuestos complejos, pero lo cierto es que en este caso la repercusión es directa y se refiere a un producto que se transmite al comprador indirecto dentro del sistema de distribución

organizado por el propio fabricante infractor con sus concesionarios. El curso de la cadena de producción y distribución del camión es sencillo, a diferencia de otros supuestos en los que el bien o servicio al que afecta el sobreprecio se utiliza para producir otros bienes o servicios, casos en los que el reclamante tendría que concretar el grado en que se incorpora el bien o servicio sobrecargado para demostrar el daño. Por ello, este no es un supuesto complicado y los argumentos desarrollados sobre la prueba del daño, así como la relación de causalidad en anteriores fundamentos jurídicos son absolutamente extrapolables. Se aplica la presunción de que el sobrecoste que el demandado impuso ilegalmente al comprador directo o concesionario se ha repercutido en su totalidad hasta el comprador indirecto (Ver el Fundamento SEXTO.- Existencia del daño y relación de causalidad).

46.- Sobre la repercusión del sobreprecio "aguas abajo" del artículo 13 de la Directiva que transpone la LDC en su artículo 78.3 (lo que se denomina en la práctica "passing on").

46.1.- No parece discutible que se trata de una norma de carácter procesal directamente aplicable a este supuesto dado que regula la carga probatoria exclusivamente.

46.2.- Cuando el demandado alegue que el demandante ha repercutido la totalidad o una parte del sobrecoste la carga de la prueba recaerá sobre el demandado.

46.3.- Se trata de una regulación que incorpora las normas generales sobre carga de la prueba del artículo 217 de la LEC, que permiten considerar que la carga de la posible repercusión del sobrecoste corresponde a quien la alega, es decir, al demandado.

46.4.- Ya el TS en la sentencia Ebro Foods (cártel del azúcar) nº 651/2013, de 7 de noviembre, establece que la regulación de su prueba corresponde al derecho interno, que es aplicable el art. 217.3 de la LEC y que la falta de prueba perjudica a la demandada: *"Si los perjudicados por una conducta contraria al Derecho de la competencia ejercitan las acciones pertinentes para hacer efectivo su derecho a ser indemnizados por los daños sufridos como consecuencia de esa conducta ilícita, la carga de la prueba de los hechos que obsten el éxito de la acción corresponde al demandado que los alega".*

46.5.- En este caso no resulta acreditado que porcentaje de la factura que paga quien contrata un transporte está directamente vinculado al coste de amortización del vehículo del transportista. Se trata de un mercado muy disperso y complejo en el que el precio de servicio no tendrá lógicamente una parte relevante del coste de adquisición del camión.

46.6.- En definitiva, no hay prueba, ni tan siquiera indicio de prueba que permita tener por acreditada la repercusión que alega la parte demandada. Por tanto, ninguna de las argumentaciones de la codemandada DAF TRUCK NV, pueden ser estimadas en este punto.

DECIMOPRIMERO. - Responsabilidad solidaria de las entidades codemandadas.

47.- La sentencia condena solidariamente a las dos entidades codemandadas y la recurrente DAF TRUCK NV rechaza este pronunciamiento con el argumento de que no se está en presencia de una solidaridad impropia, sino que se trata de una responsabilidad perfectamente individualizable.

48. En supuestos de responsabilidad extracontractual opera la regla de la solidaridad pasiva, de manera que el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores responsables del daño. También sucede así en el caso de las acciones de daños derivados de infracciones de la competencia, antes y después de la entrada en vigor de la Directiva (Art. 11: responsabilidad conjunta y solidaria y art. 73 LDC).

49.- La responsabilidad extracontractual tradicionalmente ha sido una responsabilidad solidaria en el caso de pluralidad de responsables. Con esta técnica de la solidaridad se consigue mejor el objetivo reparador del daño, al situar junto con el del autor otros patrimonios responsables, cumpliendo una función de garantía. Este principio está comúnmente admitido en el Derecho de daños.

50.- Cuando sea posible individualizar las conductas causantes del daño, la solidaridad impropia cede. Pero en el caso, la referencia debe tomarse a la conducta cooperativa sancionada en la Decisión, no en relación con la venta de cada uno de los camiones, pues el incremento de precio derivó de aquélla, tal como se ha razonado. La responsabilidad que resulta de la Decisión de la Comisión es solidaria. No puede exigirse al eventual perjudicado que haga una labor de investigación y valoración de las conductas de las destinatarias de la infracción en función de sus modificaciones estructurales y concretos períodos en que, en cada momento, operaron bajo una distinta denominación. No resulta que la intervención en el daño de las dos entidades demandadas sea diferente, o permita su individualización, no se presenta ningún argumento en tal sentido. El motivo de recurso debe ser desestimado.

DECIMOSEGUNDO. - Costas causadas en esta alzada.

51.- La desestimación de los recursos de apelación deducidos por ambas partes lleva consigo la imposición a cada una de ellas de las costas causadas en esta alzada originadas por sus respectivos recursos según establecen los artículos 394.1 y 398.1 LEC.

(…)

Ver documento

SENTENCIA 362/2022 DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL DE BARCELONA, NÚMERO 1, DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 2022

(…)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Del relato de hechos probados.

1.1.- La situación de rebeldía procesal de la demandada, que equivale a la implícita oposición a la pretensión ejercitada por la actora, exige un análisis de los hechos que fundamentan la demanda.

1.2.- De la prueba documental obrante en autos, resulta acreditado el siguiente relato fáctico:

1.2.1.- En fecha 5 de Julio de 2019, Dª. Camila , socia e inversora, y, Dª. Isabel , Directora General y Presidenta del Consejo de Administración de la mercantil demandada INNOQUANT STRATEGIC ANAYTICS, SL, suscribieron un contrato denominado " Acuerdo de Inversión", incluyendo la siguiente cláusula, como resulta del documento nº 1 adjunto a la demanda:

"Estructura de la transacción. El Inversor invertirá CINCO MIL EUROS (5.000 euros) en la ronda actual de inversión que tiene abierta la empresa y que se cerrará antes del 10 de Julio del 2019.El capital aportado por los inversores actuales a la fecha de cierre se convertirá a una valoración pre-money de 4,4 millones de euros. La transferencia deberá realizarse, indicando el concepto Ampliación de Capital Inversor Clase B a la cuenta de la empresa indicada a continuación: Dirección de la empresa Calle Tarragona 161, planta 12, 08014 Barcelona Nombre del Banco BANKIA, SA Código SWIFT o ABA CAHMESMMXXX Dirección del Banco C/Pintor Sorolla 8, 46002 Valencia. CIF del banco A14010342 IBAN ES54 2038 9922 1160 0023 8956 Número de cuenta 2038 9922 1160 0023 8956 2.

Capitalización formal. Una vez aceptada y firmada la presente carta de intenciones y realizada la transferencia, el Inversor formará parte del grupo de inversores de la ronda de inversión actual de la empresa. Una vez completado el capital total, el Consejo de Administración de la sociedad se reunirá para preparar la resolución de ampliación de capital y posteriormente se realizará la correspondiente inscripción notarial, donde el inversor será formalmente dueño de las participaciones que le correspondan en función del capital invertido.

Por favor, devolver la presente carta debidamente firmada y diligenciada a la empresa conjuntamente con el comprobante de transferencia bancaria. Atentamente,"

1.2.2.- En fecha 8 de julio de 2019 Dª. Camila ordenó transferir el importe de CINCO MIL EUROS a la cuenta señalada por INNOQUANT STRATEGIC ANAYTICS, SL indicando el concepto " inversión de

capital inversor Clase B", y, según lo pactado, devolvió el acuerdo firmado a la empresa, juntamente con el comprobante de transferencia bancaria (consta adjunto como documento número 2 el resguardo de la transferencia efectuada desde la cuenta abierta en KUTXABANK a la cuenta abierta en BANKIA).

1.2.3.- Transcurrido el periodo de seis meses, la mercantil INNOQUANT STRATEGIC ANAYTICS, SL no ha formalizado la ampliación de capital, según resulta del acuerdo suscrito en fecha 5 de julio de 2019, cuya ronda de inversión debía cerrarse el día 10 de julio de 2019.

1.2.4.- Los términos del acuerdo disponen lo siguiente: " Una vez completado el capital total, el Consejo de Administración de la sociedad se reunirá para preparar la resolución de ampliación de capital y posteriormente se realizará la correspondiente inscripción notarial, donde el inversor será formalmente dueño de las participaciones que le correspondan en función del capital invertido"

1.2.5.- Por tanto, desde la aceptación del acuerdo y la realización de la transferencia, el día 5 y 8 de julio respectivamente, hasta el momento de interposición de la demanda han transcurrido más de seis meses.

1.2.6.- La mercantil INNOQUANT STRATEGIC ANAYTICS, SL no ha inscrito en el Registro Mercantil la documentación acreditativa de la ampliación de capital. Así se desprende con claridad del documento nº 3, pues en dicha nota simple informativa no consta ampliación de capital alguna inscrita con posterioridad a la firma del acuerdo de inversión.

1.2.7.- Mediante carta de fecha 6 de agosto de 2020, Dª. Camila requirió a la demandada la restitución de la aportación, realizada habida cuenta del incumplimiento apreciado. A tal fin, anexó el referido acuerdo, el comprobante de pago y los datos bancarios donde poder efectuar la restitución de la aportación (constan como documentos nº 4 y 5, la carta y el acuse de recibo).

1.2.8.- A partir de dicho momento se sucedieron una serie de reclamaciones extrajudiciales, que culminaron con la celebración el día 4 de marzo de 2021 de una reunión virtual en la que participaron Aquilino, Benedicto (administrador de la INMOQUANT STRATEGIC ANAYTICS, SL). La síntesis de la reunión quedó expresada en el mail de fecha 11 de marzo de 2021 enviado por Aquilino del siguiente tenor:

"Según nuestra conversación mantenida la semana pasada estoy a la espera de recibir tu contestación para los siguientes puntos: * Propuesta de devolución de 5000 euros de la ampliación de capital no registrada de Camila . Nombre del banco: kutxabank SA Titular de la cuenta: Camila IBAN: NUM000 *Documentación para la venta de participación en la empresa y su fecha de presentación en la junta. *Fecha de la reunión de la junta de accionistas. Quedo a la espera de tu respuesta lo antes posible. Aquilino " En fecha 16 de marzo de 2021, Aquilino (DIRECCION000) volvió a interesar una respuesta "según lo acordado en nuestra reunión recibiría la propuesta durante la semana pasada ".

1.2.9.- La respuesta de Benedicto llegó en fecha 18 de marzo de 2021 y fue del siguiente tenor literal:

"Buenos días Aquilino , Según hemos comentado, os proponemos lo siguiente:

Ampliación de capital de Camila Desde punto de vista legal, en actualidad la ampliación de capital ya está efectuada y no existe opción de la devolución de capital invertido. Nuestra intención ha sido siempre buscar una solución por esta vía, pero si la ofreciéramos automáticamente crearíamos derecho a todos los socios de la Ronda a la devolución de capital. Dado que no disponemos del capital para devolver porque ya ha sido utilizado en la operativa de la empresa en el año 2019, probablemente nos llevaría a cierre de empresa y por ello tampoco resultaría en la devolución. Dicho esto, y con el espíritu de solucionar la situación con vosotros amistosamente, proponemos recomprar vuestras participaciones correspondientes al precio de 5000€. En este sentido el comprador podría ser la misma empresa si la situación de caja lo permite, otro socio o un tercero (tengo una persona interesada). Para proceder hace falta anunciar que

estas participaciones están en venta en la Junta, por si algún socio estuviera interesado en adquirirlas. No puedo garantizar en este momento la fecha de cierre de compra-venta, pero haremos todo lo posible para que suceda en cuanto antes".

1.2.10.- Por tanto, a pesar de haber ejercitado Dª. Camila oportunamente el derecho de restitución, la sociedad INNOQUANT STRATEGIC ANAYTICS, SL no ha adoptado ninguna medida tendente a hacer efectiva la solicitud.

SEGUNDO.- De la procedencia de la restitución de aportaciones.

2.1.- Acreditado, por tanto, el incumplimiento de los términos estipulados entre las partes, resulta de aplicación el artículo 316 de la Ley de Sociedades de Capital, que dispone:

"1. Cuando hubieran transcurrido seis meses desde la apertura del plazo para el ejercicio de derecho de preferencia sin que se hubieran presentado para su inscripción en el Registro los documentos acreditativos de la ejecución del aumento del capital, quienes hubieran asumido las nuevas participaciones sociales o los suscriptores de las nuevas acciones podrán pedir la resolución de la obligación de aportar y exigir la restitución de las aportaciones realizadas.

2. Si la falta de presentación de los documentos a inscripción fuere imputable a la sociedad, podrán exigir también el interés legal."

2.2.- En este caso, procede la condena la demandada a la restitución de la aportación realizada, por valor de 5.000 euros, más el interés legal desde la fecha de aquélla, por ser imputable a la Sociedad la falta de presentación a inscripción de la documentación exigida.

(…)

Ver documento