
**IDENTIFICACIÓN DEL PERJUICIO INDEMNIZABLE
EN ACCIONES CONSECUTIVAS (FOLLOW-ON)
EN CASO DE CÁRTELES:
DE LA INFRACCIÓN (Y SANCIÓN)
A LA COMPENSACIÓN DEL DAÑO**

**IDENTIFYING THE COMPENSABLE HARM
IN CARTEL FOLLOW-ON ACTIONS: FROM INFRINGEMENT
(AND PENALTY) TO DAMAGES COMPENSATION**

FRANCISCO MARCOS*

RESUMEN: Las acciones consecutivas para la compensación del daño causado por cárteles representan el tránsito de la infracción de la prohibición de cárteles (declarada por las autoridades de competencia) a la indemnización de los perjuicios provocados por la conducta de los infractores. Corresponde al perjudicado que interpone la acción indemnizatoria la prueba del daño y su conexión causal con la conducta antijurídica declarada por la autoridad de competencia. Frecuentemente, la constatación e identificación del daño sufrido se subsumirá en la cuantificación del mismo que figure en las pruebas aportadas por el demandante. Aún así, puede ocurrir que esa prueba no resulte convincente al tribunal, con lo que cualquier decisión suya deberá ir precedida de la identificación del posible daño provocado por el cártel.

La decisión previa de la autoridad de competencia no suele declarar ni acreditar los efectos del cártel en el mercado, aunque en la misma pueden contenerse pruebas o indicios de la producción de daños. En todo caso, la eventual presunción (judicial o legal) del daño puede rebatirse por el demandado. Aunque los cárteles que no provocan daño sean excepcionales, son una posibilidad, y debe reconocerse a las empresas partícipes en los cárteles el derecho a probar el sobrecoste cero. De modo que, cuando la existencia del daño no se extraiga de la decisión de la autoridad de competencia (a diferencia de lo que ocurría, por ejemplo, en el cártel del azúcar o en el cártel de los sobres de papel), la salvaguarda del derecho de defensa exige permitir al demandado la prueba de la ausencia de sobrecoste, basándose en datos objetivos y de mercado (que no estén afectados por la infracción).

PALABRAS CLAVE: Defensa de la competencia, Cártel, Daños

* Profesor de IE Law School. IE Universidad, francisco.marcos@ie.edu. El autor colabora como consultor académico en CCS Abogados, que representa a gran número de demandantes en los procesos de reclamación de daños causados por el cártel de los fabricantes de camiones. Las opiniones contenidas en este escrito son personales. Una versión previa de este trabajo se impartió como ponencia dentro del Curso «Determinación y Cuantificación de daños y perjuicios en procesos de defensa de la competencia» (CU21028, dir. Alberto Arribas), organizado por el Servicio de Formación Continua del CGPJ.

ABSTRACT: Follow-on actions for cartel damages compensation represent the transition from the infringement of the cartel prohibition (declared by the competition authorities) to the compensation of damages caused by the infringers' conduct. It is up to the injured party bringing the damages claim to prove the harm and its causal connection with the unlawful conduct declared by the competition authority. Frequently, the ascertainment and identification of the harm suffered will be subsumed in the quantification of the damage that appears in the evidence provided by the plaintiff. Even so, as such evidence may not be convincing to the court, its decision will have to be preceded by the identification of the possible harm caused by the cartel.

The competition authority's prior decision does not usually state or prove the cartel effects on the market, although it may contain evidence or indicia of harm. In any case, the (judicial or legal) presumption of harm can be rebutted by the defendant. Although cartels that do not cause harm are exceptional, they exist, and cartelized firms have the right to prove zero overcharge. So, where the existence of harm is not drawn from the competition authority's decision (unlike what happened, for example, in the sugar cartel or the paper envelopes cartels), safeguarding the defense rights of cartelized firms requires that they are allowed to prove the absence of overcharge, based on objective and market data (not affected by the infringement).

KEYWORDS: Competition, Cartel, Damages, Harm.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL PUNTO DE PARTIDA: LA DECISIÓN DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. III. EL DAÑO INDEMNIZABLE: DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE. IV. LA RESPONSABILIDAD CONJUNTA Y SOLIDARIA DE LAS EMPRESAS PARTÍCIPES EN LA INFRACCIÓN: DAÑO GLOBAL. V. LA EXPERIENCIA JUDICIAL SOBRE DAÑOS CAUSADOS POR CÁRTELES EN ESPAÑA. 1. El daño en el cártel en red de los concesionarios Audi/Seat/Volkswagen. 2. El daño en otros carteles de automóviles. 3. El daño en el cartel de los sobres de papel. VI. EL DAÑO EN EL CÁRTEL DE FABRICANTES DE CAMIONES. 1. Dificultades de identificación y cálculo del daño. 2. ¿Inexistencia de daños? 3. La prueba de la ausencia de daño. VII. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

CONTENTS: I. INTRODUCTION. II. THE STARTING POINT : THE DECISION OF THE ADMINISTRATIVE AUTHORITY OF COMPETITION. III. THE COMPENSABLE DAMAGE: CONSEQUENTIAL DAMAGE AND LOSS OF PROFITS. IV. JOINT AND SEVERAL LIABILITY OF THE COMPANIES PARTICIPATING IN THE INFRINGEMENT: GLOBAL DAMAGE. V. JUDICIAL EXPERIENCE ON DAMAGES CAUSED BY CARTELS IN SPAIN. 1. Damage in the Audi/Seat/Volkswagen dealers' network cartel. 2. Damage in other automobile cartels. 3. Damage in the paper envelopes cartel. VI. THE DAMAGE IN THE TRUCK MANUFACTURERS' CARTEL. 1. Difficulties in the identification and calculation of the damage. 2. Existence of damages? 3. Proof of the absence of damage. VII. CONCLUSIONS. BIBLIOGRAPHY.

I. INTRODUCCIÓN

La identificación y cuantificación del daño susceptible de ser indemnizado es una de las principales dificultades en los procesos de reclamaciones de daños y perjuicios causados por ilícitos anti-concurrenenciales¹. En particular, este trabajo se propone examinar

¹ GAL y RIVI (2019) págs. 146-147.

las particularidades inherentes a la identificación del daño en las acciones consecutivas (*follow-on*) en el caso de daños causados por cárteles².

A diferencia de las acciones aisladas (*stand-alone*) y de las reclamaciones de daños causados por otros lícitos anti-concurrenenciales (restricciones verticales o abusos de dominio), en el caso de las acciones consecutivas de reclamación de daños por cárteles se parte de la existencia de un pronunciamiento previo de la autoridad administrativa de la competencia que descubre y declara la conducta infractora e impone una sanción³. La decisión de la autoridad de competencia no sólo detecta y sanciona la comisión de una infracción para salvaguardar el interés público en la libre competencia, sino que también sienta las bases de las ulteriores consecuencias jurídicas en el plano privado. El proceso judicial en materia indemnizatoria arranca de esa decisión, en la que pueden aparecer tanto elementos cualitativos como cuantitativos que faciliten la identificación y cuantificación del daño. En la práctica, la prueba de la existencia del daño se ha visto facilitada por la aplicación en estos casos por los tribunales de una presunción del daño *ex re ipsa loquitur*, que asume que los cárteles casi siempre causan daño⁴.

Al margen del eventual juego de la presunción de daño, el ejercicio de identificación y cuantificación del daño se realiza en el proceso a través de las pruebas aportadas por las partes. Corresponde al demandante la identificación del daño, que irá pareja a su cuantificación. La indemnización al demandante de los perjuicios causados por un

² Aunque gran parte de las consideraciones que aquí se realizan son aplicables y se extienden a otros ilícitos anti-concurrenenciales y a las acciones aisladas (*stand alone*), este trabajo ciñe su análisis a las infracciones del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la UE/TFUE (versión consolidada publicada en DOUE C216 de 26/10/12) en la modalidad de carteles (comprendiendo tanto carteles de núcleo duro —fijación de precios, repartos de mercados, *bid-rigging*— como otras formas de colusión y coordinación horizontal que habiliten la solicitud de clemencia) que haya dado lugar a una decisión de la autoridad que declara y sanciona la infracción (*follow-on*). Adviértase que la transposición del artículo 2(14) de la Directiva 2014/104/UE (DOUE L349 de 5/12/14) ha llevado a modificar el concepto de cártel en la Disposición Adicional 4.ª2 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia/LDC (BOE 159 de 4/7/2007).

³ La información y los incentivos explican la taxonomía de las clases de acciones en función de cada tipo de ilícito anti-concurrenencial, véanse BESANKO y SPULBER (1989) págs. 408-425 y HÜSCHEL RATH y PEYER (2013) págs. 585-614.

⁴ El nuevo artículo 76.4 de la LDC consagra esa presunción *iuris tantum* en el texto legal («Se presumirá que las infracciones calificadas como cártel causan daños y perjuicios, salvo prueba en contrario»). Este precepto se ha incorporado a la LDC por el Real Decreto-ley 9/17, de 26 de mayo, por el que se transponen Directivas de la UE en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores (BOE 126 de 27/5/17). Aun así, el resultado de la aplicación de esta presunción legal no es distinto del que se alcanza aplicando la presunción judicial como apunta SARAZÁ (2020) pág. 187.

cártel requiere la prueba de la comisión de una acción antijurídica que le haya causado un daño⁵.

La decisión del juzgador sobre la posible indemnización arranca de la declaración de la infracción por parte de la autoridad administrativa de competencia. Pero sólo a él le corresponde la apreciación de la existencia de un daño y de la relación de causalidad con la conducta antijurídica del demandado⁶. En efecto, la existencia de una decisión previa de la autoridad de competencia en las acciones consecutivas proporciona el presupuesto de antijuridicidad de la acción, pero el demandante debe de probar la causación del daño y su cuantificación (artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)⁷.

La cuantificación del daño (o la estimación judicial del mismo cuando la cuantificación presentada por las partes no resulte convincente) es el final del camino y se considera cuestión más compleja de estos procesos⁸. Sin embargo, la tendencia a la aplicación de la presunción de causación de daño por los cárteles puede hacer que pase desapercibida la cuestión previa de la identificación y constatación de daños. Una valoración sobre la plausibilidad de la producción del daño es previa a cualquier ejercicio de cuantificación y a ese tema se dedica este trabajo⁹.

⁵ El examen del daño y de la causalidad se encuentran intrínsecamente vinculados y, por ello, no es infrecuente que se analicen conjuntamente por los tribunales.

⁶ ¶65 de STJUE (Gran Sala) de 6/11/12, C-199/11 *Europese Gemeenschap v Otis NV et al.*, (MP: A. Arabadjiev, EU:C:2012:684): «una acción civil de indemnización, como la que es objeto del procedimiento principal, implica, según resulta de la resolución de remisión, no sólo la comprobación de que se ha producido un hecho dañoso, sino también la existencia de un daño y de una relación directa entre éste y el hecho dañoso. Si bien es cierto que la obligación que tiene el juez nacional de no adoptar resoluciones incompatibles con una decisión de la Comisión por la que se declare la existencia de una infracción del artículo 101TFUE le impone admitir la existencia de un acuerdo o práctica prohibidos, cabe precisar que la existencia de un daño y la relación de causalidad directa entre ese daño y el acuerdo o práctica en cuestión siguen dependiendo, en cambio, de la apreciación del juez nacional».

⁷ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil/LECiv (BOE 7 de 8/1/2000).

⁸ Como dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (sec. 5) de 14/9/20 (MP: Alfonso M.^a Martínez, *FGS v. DAF Trucks*, ES:APZ:2020:2025): «el tema más espinoso de los que deben examinarse». Es «cuestión capital cuando se pretende promover y ganar un procedimiento judicial en esta materia» en palabras de MARTORELL (2019) pág. 77.

⁹ De alguna manera un análisis secuencial similar se realiza por los tribunales Alemania. Que busca, en primer lugar, analizar si el cartel provoca daño (Kartellbetroffenheit) y, después, examina la afectación concreta en la transacción con el reclamante (Kartellbefangenheit). No obstante la exigencia de afectación individual del cártel ha sido interpretada por el Tribunal Federal de Justicia (BGH) alemán de manera más respetuosa con el principio de efectividad del Derecho de la UE en sus pronunciamientos sobre las reclamaciones de daños en el cartel de los raíles [en particular, en la sentencia del BGH de 28/1/20 *Schienekartell II* (KZR24/17), DE:BGH:2020:280120UKZR24.17.0], es suficiente con que el demandante acredite que la demandada participaba en un cártel que era susceptible de causar daños en las ventas de sus productos o por otras vías, tanto a clientes directos como indirectos (¶25), véanse RITZ, MARX y JUDITH (2019) págs. 91-98 y OTTO (2020) págs. 519-525.

II. EL PUNTO DE PARTIDA: LA DECISIÓN DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La decisión de la autoridad de competencia que declara la infracción no se suele pronunciar sobre sus efectos en el mercado ni sobre los posibles daños causados. El cártel es sancionado porque provoca un daño genérico y abstracto a la libre competencia en los mercados¹⁰. La intervención de la autoridad de competencia y la imposición de una sanción se justifican en la salvaguarda del interés público en la libre competencia, con el propósito de disuadir la formación de nuevos cárteles en el futuro. Las decisiones administrativas de las autoridades de competencia (Comisión Europea, CNMC, autoridades de competencia de otros Estados Miembros o autoridades autonómicas) vinculan a los tribunales, que no pueden adoptar decisiones que sean incompatibles con lo que en ellas se afirma¹¹.

Aunque la parte vinculante de las decisiones de las autoridades de competencia sea su parte declarativa/dispositiva, normalmente contendrán en su exposición pruebas e indicios de los posibles daños causados por el cártel. De modo que de su texto pueda extraerse un principio de prueba suficiente sobre la realidad del daño que condicione al juez civil¹².

En efecto, aunque el propósito de la investigación de la autoridad administrativa de defensa de la competencia es sólo constatar la existencia de infracción (y, si es así, declararla y sancionarla), en la descripción de la misma pueden encontrarse elementos que ayuden a la identificación y cuantificación del daño¹³. De hecho, la existencia de

¹⁰ Véase CARRILLO (2016) pág. 6.

¹¹ Véanse artículo 16.1 del Reglamento CE 1/2003 (DOUE L1 de 4/1/2003), artículo 75 LDC y SANCHO (2019) págs. 107-126.

¹² Al casar la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sec.8) de 3/10/11 (MP: M.ª Victoria Salcedo, ES:APM:2011:12900), véase Sentencia del Tribunal Supremo de 7/11/13 (MP: Rafael Sarazá, ES:TS:2013:5819): «No se ha dado una explicación adecuada a la divergencia radical entre los hechos tomados en consideración entre una y otra sentencia. Que existiera cierta diferencia entre los precios cobrados por el azúcar a unos y otros demandantes no es relevante puesto que esa situación existía antes de las subidas de precios. Lo que fue concertado entre las empresas fabricantes de azúcar y constituyó la actuación del cártel fue la realización de sucesivas subidas, o el mantenimiento del precio, o realización de bajadas mínimas de precio, cuando los costes habían bajado sustancialmente para las fabricantes. Esa es la práctica restrictiva de la competencia prohibida por la normativa tanto nacional como comunitaria, y esa es la base fáctica sobre la que ha de partirse para la resolución de la reclamación. La demandada concertó con las demás integrantes del cártel determinadas modificaciones de los precios del azúcar para uso industrial que hizo que tal precio fuera superior al que hubiera debido resultar del juego de la libre competencia por lo que hubo un aumento indebido en los costes que debieron soportar los fabricantes de productos elaborados con azúcar, que es justamente lo que constituye el daño» (FD3.5).

¹³ El conocimiento de la autoridad de competencia de la conducta infractora y de su contexto es seguramente lo que explica que se prevea su posible asistencia a los tribunales para el cálculo del daño (artículo 76.4 LDC), aunque la eficacia de este mecanismo sea discutible, véase IACOVIDES (2019) págs. 215-234.

efectos en el mercado es uno de los criterios utilizados por las autoridades administrativas de competencia en la graduación de la multa [artículo 64.1.e) y f) LDC], considerándose más graves aquellas infracciones que provocan efectos más negativos en el mercado¹⁴.

III. EL DAÑO INDEMNIZABLE: DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE

El daño cuya compensación se reclama ante los tribunales mercantiles es el daño material en el patrimonio del perjudicado provocado por el cártel. Se ha de tratar de un daño real, cierto y efectivo, y puede ser tanto el daño emergente como el lucro cesante. Por lo general, el daño emergente de los carteles consiste en el sobrecoste pagado por los productos cartelizados, que habrían resultado más baratos en condiciones de competencia¹⁵. También constituirían una forma de daño emergente cualquier otro coste o gasto en que hubiera debido incurrir el perjudicado como consecuencia del cártel¹⁶.

En cambio, el lucro cesante de los carteles (como el que resulta de otros ilícitos anti-concurrenciales) comprende el efecto negativo en la pérdida de negocio del perjudicado como consecuencia de la infracción. La prueba del lucro cesante se presenta más difícil¹⁷, como revelan la mayoría de las decisiones judiciales que rechazan esta petición de los perjudicados¹⁸.

¹⁴ Aunque no hay una referencia directa y explícita al daño, las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) 1/2003 (DOUE C210 de 1/9/2006) se refieren a un incremento específico para garantizar el efecto disuasorio (§31. *Asimismo, la Comisión tendrá en cuenta la necesidad de incrementar la sanción para superar el importe de las ganancias ilícitas obtenidas gracias a la infracción, cuando sea posible proceder a este cálculo*»).

¹⁵ Como el Tribunal Supremo declaró en las reclamaciones de daños causados por el cártel del azúcar: «Los referidos conciertos ilícitos se reflejaron seguidamente en un incremento del precio del azúcar en los posteriores contratos de compraventa del producto, que perfeccionó la revendedora, demandada, con las compradoras, demandantes» (FD12 de la STS de 8/6/12, MP: José Ramón Ferrándiz, ES:TS:2012:5462).

¹⁶ Véase, por ejemplo, al hilo del cártel de fabricantes de camiones (*infra* VI) §32 de la sentencia del juzgado mercantil 3 de Valencia (Eduardo Pastor) de 3/5/21 (*JR v. AB Volvo*, PO186/20) que indemniza también el incremento en el coste de financiación a resultados del sobrecoste pagado por el vehículo. También, en el contexto de un abuso de posición dominante, los costes de utilización de fuentes de información alternativa a la base de datos que el infractor estaba obligado a facilitar al perjudicado, el incremento en los costes de depuración de los datos y también parte de los gastos incurridos para la defensa de sus derechos por el perjudicado, véase FD8.A) de la sentencia del juzgado mercantil 5 de Madrid (Alberto Arribas) 11/11/05 (*Conduit*, ES:JMM:2005:70).

¹⁷ Véase GARNICA (2007) págs. 45-64.

¹⁸ Véase, por ejemplo, FD8.B) *in fine* de la citada sentencia del juzgado mercantil 5 de Madrid de 11/11/05 (*Conduit*, ES:JMM:2005:70): «La principal crítica que cabe efectuar al informe aportado por la demandante y, en consecuencia, al informe pericial judicial que esencialmente lo ratifica resumiendo el mismo (aunque luego deduzca algún concepto o reduzca el período indemnizable), es que imputa íntegramente la cuota de mercado que estima perdida por la actora al comportamiento de la demandada, sin tomar en consideración otros factores que a juicio de este órgano judicial han podido tener una influencia

IV. LA RESPONSABILIDAD CONJUNTA Y SOLIDARIA DE LAS EMPRESAS PARTÍCIPES EN LA INFRACCIÓN: DAÑO GLOBAL

Por otra parte, el daño de los cárteles es un daño global y difuso, que se propaga por todo el mercado, con lo que la responsabilidad por el mismo se atribuye conjunta y solidariamente a todos los co-infractores¹⁹. Es verdad que en la mayoría de los supuestos el perjudicado por un cártel conoce al co-infractor que le causó el daño²⁰, pero el perjudicado puede reclamar a cualquiera de los co-infractores. Es discutible si la solidaridad debe modularse en caso de que existan variaciones en duración de la infracción de las distintas empresas, impidiendo la reclamación de daños a aquéllas que tuvieron una participación más reducida en el tiempo²¹.

mucho mayor en la cuota de mercado real obtenida por la demandante en el desarrollo de su negocio en España». Véanse, también, FD5 y 6 de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sec. 25bis) de 18/12/16 (Antena3 TV SA v. LNFP, MP: Ramón M.^a Carnicero, ES:APM:2006:18320) que revoca la sentencia del juzgado de primera instancia 4 de Madrid (Alazne Basañez) de 7/6/05, ES:JPI:2005:9 (FD4).

¹⁹ Véanse, por ejemplo, FD13 de la sentencia del juzgado mercantil 12 de Madrid (Ana M.^a Gallego) de 9/5/14, *MUSAAT v. CASER et al*, ES:JMM:2014:3797 («Debe partirse de la apreciación conjunta de las partes que impide la individualización de la causación del daño, de ahí que, en su caso, proceda la conducta conjunta y solidaria»); FD4 *in fine* de la sentencia del juzgado mercantil 3 de Madrid (Jorge Montull) de 7/5/18, *Cámara de Comercio de Madrid v. Antalis International et al.*, ES:JMM:2018:162 («no estamos ante una obligación solidaria sino ante una responsabilidad solidaria, que surge de una infracción conjunta. El daño, en un supuesto de cartel que infringe el derecho de la Competencia, no lo causa la relación comercial de una partícipe del cártel con el tercero perjudicado, sino que lo causa el acuerdo colusorio mismo [...] Por tanto, es indiferente en el presente caso que algunas de las demandadas no hubieran tenido relaciones comerciales con la actora, pues estamos ante un supuesto de responsabilidad solidaria impropia, en que todas las partícipes del cártel responden en tal forma del daño causado como consecuencia de la existencia del mismo, sin perjuicio de las posteriores reclamaciones que pueden dirigirse entre ellas mismas con posterioridad. Es en el ámbito de estas acciones posteriores de repetición en donde tiene cabida la consideración de la distinta participación, cuantitativa o cualitativa, de las partícipes en el cartel, elemento oponible entre ellas pero no frente a terceros perjudicados por el cártel») y ¶60 de la sentencia del juzgado mercantil 9 de Madrid (M.^a Teresa Vázquez) de 13/3/20 (*IFEMA v. Adveo et al.*, ES:JMM:2020:1552).

²⁰ CARRASCO (2017) ¶3.

²¹ En este sentido véase FD9.2 de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sec. 28) de 3/2/20, *Cámara de Madrid v. ENVEL* (MP: A Arribas, ES:APM:2020:2). Cfr. ¶36 de las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona (sec.15) de 10/1/20, *Misiones Salesianas v. ADVEO*, MP: José M.^a Ribelles, ES:APB:2020:58) y *Cortefiel SA v. ADVEO*, MP: Luis Rodríguez, ES:APB:2020:59); ¶30 de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sec.15) de 13/1/20, *Grupo Planeta v. ADVEO* (MP: José M.^a Ribelles, ES:APB:2020:201); ¶31 de las sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sec.15) de 13/1/20, *Caixa Ontiyent v. ADVEO* (MP: Marta Cervera, ES:APB:2020:184); *Manos Unidas v. ADVEO* (MP: José M.^a Fernández ES:APB:2020:185) y *Bankoa v. Adveo* (MP: José M.^a Fernández, ES:APB:2020:698) y ¶35 de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sec.15) de 13/1/20, *CIFSA v. ENVEL* (MP: Juan F. Garnica, ES:APB:2020:60); todas estas sentencias de la Audiencia de Barcelona lo consideran una «cuestión dudosa».

Debido al carácter global del daño causado por los cárteles, se considera que los cartelistas tienen responsabilidad conjunta y solidaria ante las acciones de los perjudicados²². La exigencia a cada afectado (que, como se verá, puede o no ser cliente de los cartelistas) de un cálculo individualizado y al detalle del daño podría dificultar en exceso o incluso imposibilitar las reclamaciones, contraviniendo el principio de efectividad del derecho de las víctimas a obtener una compensación. La solidaridad se establece para tutelar y favorecer el ejercicio de las pretensiones indemnizatorias por los perjudicados²³. Sin embargo, este principio de solidaridad externa no impide que, cuando uno de los infractores hubiere resarcido a los perjudicados en un importe superior a su cuota de responsabilidad relativa pueda, con posterioridad, reclamar la contribución del resto, con las limitaciones previstas para los beneficiarios de clemencia (art. 73.5 LDC). Por tanto, la imputación subjetiva del daño a cada uno de los partícipes en la infracción se produce sólo entre los co-infractores (i.e., a efectos internos)²⁴.

Adicionalmente, el Tribunal de Justicia UE haya considerado indemnizable el daño «paraguas» causado por el cártel incluso a quienes adquirieron productos no cartelizados. Se les considera también perjudicados porque pagaron un precio superior como consecuencia del efecto del cártel sobre todo el mercado²⁵.

Como antes se indicaba, la identificación y cuantificación del daño van de la mano²⁶, hasta el punto de que frecuentemente en el informe pericial de la parte actora la identificación del daño aparece embebida en la cuantificación y pasa desapercibida (las cosas se presentan en los informes de los demandados que frecuentemente niegan la existencia del daño y, en tal caso, no proporcionan una cuantificación alternativa). A la vista de lo anterior, el juzgador debe adoptar una teoría sobre la plausibilidad y realidad del daño²⁷, que arranque del texto de la decisión de la autoridad de competencia y del resto del material probatorio obrante en el proceso. La relevancia de esa teoría sobre el daño causado por el cártel se exagera cuando la prueba y cuantificación del daño por

²² Antes de la Directiva se trata de una solidaridad impropia, a partir del nuevo artículo 73 LDC la solidaridad emana de la Ley, véanse MARTÍ (2017) págs. 39-40 y LÓPEZ (2018) págs. 204-206.

²³ MARTÍ (2019) pág. 174.

²⁴ Véase ROY (2020) pág. 32. Aunque es cierto, que las reglas previstas para el tratamiento de los beneficiarios de clemencia (artículo 73.4 y 5 LDC) y para las aquéllos co-infractores que hubieren alcanzado transacción con los perjudicados (artículo 77 LDC) dificultan sobremanera el reparto *interno* de responsabilidades entre ellos, véase CARRASCO (2017), págs. 5-24.

²⁵ ¶¶33-34 y 37 de la sentencia del Tribunal de Justicia UE (Sala 5) de 5/6/14, *Kone AG et al./ ÖBB-Infrastruktur AG* (C-557/12, MP: A. Rosas, EU:C:2014:1317). Véase OLMEDO (2014).

²⁶ Véase IACOVIDES (2016), pág. 296 («although the existence of harm and its quantification are two distinct elements of a successful claim for damages, the benefits from the former depend to a great extent on the later»).

²⁷ Para ello deben identificarse los posibles factores e influencias en la producción de sobrecostes por el cártel en atención a su naturaleza y características, el contexto del mercado (grado de concentración, barreras de entrada o de expansión, poder compensatorio del comprador) y los posibles contrafactuales, véase CLARK y SANDER (2015) pág. 162.

las partes no es considerada convincente por el tribunal, acudiéndose a la aplicación de la presunción de daño *ex re ipsa* y a la estimación judicial del daño.

V. LA EXPERIENCIA JUDICIAL SOBRE DAÑOS CAUSADOS POR CÁRTELES EN ESPAÑA

Un recorrido por las sentencias dictadas sobre los procesos recientes de daños causados por cárteles en nuestro país permite observar la práctica del ejercicio judicial de identificación del daño. Lo anterior es útil como prolegómeno para examinar la teoría sobre el posible daño causado por el cartel de los fabricantes de camiones (*infra* §VI).

1. El daño en el cartel de los concesionarios AUDI/SEAT/VOLKSWAGEN

A partir de una solicitud de clemencia, la CNMC descubrió un cártel en red de los concesionarios de automóviles de las marcas Audi, SEAT y Volkswagen, por el que 99 empresas fueron sancionadas con multas por un importe total de €43,11 millones²⁸. La CNMC declaró una infracción del artículo 101 TFUE y 1 LDC por el objeto, un cártel que afectó a diversas zonas del país, limitándose a *«señalar que el cártel tuvo efectos en el mercado, disminuyendo la incertidumbre de las empresas imputadas en relación a las ofertas que iban a presentar sus competidores respecto de determinados modelos de vehículos, lo que dio lugar a una homogeneidad de los descuentos ofertados por los concesionarios de las marcas AUDI, VW y SEAT en las zonas reseñadas, además de producirse una compartimentación del mercado, pues las empresas participantes en estos cárteles conocían por adelantado el comportamiento en el mercado de sus competidoras y realizaron un seguimiento de los acuerdos adoptados, determinando por tanto sus pautas de acción o abstención en el mercado en función de lo acordado por cada cártel, con efectos especialmente perjudiciales para la competencia efectiva, ya que la reduce hasta el límite de anularla por completo»*²⁹.

Una vez confirmada la resolución de la CNMC en la jurisdicción contencioso-administrativa³⁰, varios adquirentes de vehículos de esas marcas durante el período de la infracción (de febrero de 2011 a junio de 2013) interpusieron diversas acciones indemnizatorias. La mayoría de ellas han sido desestimadas³¹. En algunos casos, la acción

²⁸ Resolución de la CNMC de 28/5/15 (S/0471/13 *Concesionarios Audi/Seat/VW*, sin ponente).

²⁹ Id. últ. pág. 137.

³⁰ Véase «EL Supremo confirma en bloque las multas al cártel de concesionarios» *Cinco Días* 7/1/20. *Las acciones interpuestas antes de la firmeza de la resolución de la CNMC, no se beneficiaron del efecto vinculante, véase* FD2 de las sentencias del juzgado mercantil 1 de Donostia (Pedro José Malagón) de 11/7/19 (ES:JMSS:2019:1012, ES:JMSS:2019:1013 y ES:JMSS:2019:1014).

³¹ Aunque no todas, al menos hay tres estimatorias: sentencias del juzgado mercantil 1 de Cádiz (Susana Martínez) de 5/4/21 (ES:JMCA:2021:509 y ES:JMCA:2021:508) y del juzgado mercantil 1 de Oviedo (M.ª Carmen Márquez) de 18/2/20 (ES:JMO:2020:569).

se estimó prescrita³², en el resto de las sentencias desestimatorias el informe pericial de la parte actora se consideró insuficiente para la prueba de un perjuicio específico y concreto en cada vehículo. Se trataba de reclamaciones, todas ellas, por un importe de 2.000€, basadas en un informe genérico que reclamaba una horquilla de sobrecoste del 10-15% a partir de estadísticas previas sobre el sobrecoste provocado por los cárteles, que carecía de concreción alguna a las adquisiciones de los vehículos en cuestión³³. Finalmente, en estos procesos el concesionario demandado había acreditado mediante un informe pericial detallado de los descuentos y de los precios de venta al consumidor final y su evolución, analizando los márgenes de los concesionarios, la imposibilidad de que hubiera existido el sobrecoste que se reclamaba («*el margen comercial obtenido es inferior al perjuicio que se reclama; es más, no habría margen comercial*»³⁴). Como explica convincentemente el juzgado mercantil 1 de Tarragona (César A. Suárez):

«Asimismo, se constata que el precio final ascendió a 29.112,02 € sin IVA, y que el concesionario aplicó como acción comercial (es decir, descuento por haber negociado efectivamente el precio de venta) un descuento por importe de 1.771,90 €.

Se acredita, igualmente, que el vehículo que fue vendido al demandante fue comprado por la sociedad demandada al fabricante, en fecha 1-4-2011, por un precio de compra de 27.912,29 €, antes de impuestos, de modo que el día en que se concertó la venta, la parte demandada obtuvo un margen comercial de 1.199,73 €.

En consecuencia, de la prueba practicada resulta que, de acceder a la petición de la actora, que cuantifica el supuesto daño sufrido en 2.000 euros, se daría como resultado que la demandada habría efectuado la venta a pérdida, lo cual no es razonable, ni resulta coherente con la dinámica resarcitoria»³⁵.

2. El daño en otros carteles de automóviles

La investigación del cártel mencionado en el apartado anterior y otra solicitud de clemencia de SEAT permitieron a la CNMC descubrir y sancionar varios «cárteles en red» similares al anterior de otros concesionarios de automóviles³⁶ y un gran «cártel

³² Sentencia del juzgado mercantil 1 de Oviedo (Alfonso Muñoz) de 18/5/20 (ES:JMO:2020:1539).

³³ Sentencias del juzgado mercantil 3 de Gijón (Rafael Manso) de 9/3/20 (ES:JMO:2020:728 y ES:JMO:2020:729).

³⁴ FD3 de las sentencias del juzgado mercantil 1 de Donostia de 11/7/19 (ES:JMSS:2019:1012, ES:JMSS:2019:1013 y ES:JMSS:2019:1014). O, como concluye —*obiter dicta*— la Sentencia del juzgado mercantil 1 de Oviedo 18/5/20 (ES:JMO:2020:1539) «[a] mayor abundamiento, en el caso de autos resulta también evidente que el vehículo litigioso no sufrió alteración alguna en la fijación de su precio. No solo se vendió a pérdida, sino que el comercial que intervino en la operación declaró que en esa época tenían una auténtica guerra de precios con Asturwagen (concesionario rival), lejos, por tanto, de la práctica colusoria que se denuncia» (FD3 *in fine*).

³⁵ Sentencia de 2/6/21 (*IN v. Merkamotor Tortosa, S.A.*, ES:JMT:2021:4406).

³⁶ Véase, por ejemplo, la resolución de la CNMC de 5/3/15 (S/489/13 *concesionarios OPEL*, sin ponente).

de intercambio de información» entre todos ellos³⁷. Varios adquirentes de automóviles durante el período de la infracción (2004-2013) interpusieron demandas de indemnización de daños y perjuicios que también han sido unánimemente rechazadas por los juzgados mercantiles.

Estas acciones encontraron un primer obstáculo en la falta de firmeza de la resolución administrativa de la CNMC que, si bien no imposibilitaba la acción³⁸, exigía un esfuerzo probatorio adicional acerca la antijuridicidad de la conducta de los demandados que los demandantes no realizaron³⁹. En segundo lugar, las reclamaciones se basaban también en informes genéricos para el cálculo del daño, establecido en una cifra fija (€2.000) para transacciones (adquisiciones de vehículos) a precios muy dispares. Finalmente, en ellas se hacía referencia a como el demandado había acreditado la imposibilidad de un daño de esa magnitud⁴⁰.

3. El daño en el cartel de los sobres de papel

A partir de una solicitud de clemencia de ADVEO, que estaba siendo investigada por las autoridades de competencia en otros países europeos⁴¹, la CNC descubrió un cártel mercado español de sobres de papel que se había extendido durante treinta y cinco años. El cartel se articuló como un reparto de mercado, aunque también de fijación de precios de los sobres⁴². Varios de los clientes de las empresas partícipes en el cártel reclamaron la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, que se habrían materializado en el pago de precios superiores a los que hubieran pagado en condiciones de competencia. La resolución de la CNC aparecía plagada de pruebas del impacto del cártel el mercado⁴³,

³⁷ Resolución de la CNMC de 23/7/15 (S/0482/13 *fabricantes de automóviles*, sin ponente).

³⁸ Aunque sí, en el caso de la sentencia del juzgado mercantil 1 de Bilbao (Marcos Bermúdez) de 9/7/19 (ES:JMBI:2019:1047), pues la Audiencia Nacional había estimado el recurso de la demandada contra la resolución citada en la nota anterior.

³⁹ Sentencias del juzgado mercantil 1 de Bilbao de 14/3/18 (ES:JMBI:2018:1278) y de 9/7/19 (ES:JMBI:2019:1146).

⁴⁰ Véanse sentencias del juzgado mercantil 1 de Bilbao (Marcos Bermúdez) de 14/3/18 (ES:JMBI:2018:1278): «*la demandada ha probado, como el informe pericial aportado al pleito, que en este caso, el comprador de vehículo demandante no ha sufrido daño alguno derivado de dichas conductas*». Véase también la sentencia del juzgado mercantil 12 de Madrid (Moisés Guillamón) de 24/9/19 (ES:JMM:2019:4227), que desestima la demanda por falta de legitimación activa de la actora, aunque considera que si el margen de la demandada fue €1.170,17, difícilmente podría existir un daño de €2.000.

⁴¹ Véanse Decisión de la Comisión Europea de 10/12/14 (AT.39780 *Envelopes*) y Decisiones de la Autoridad Portuguesa de Competencia de 29/3/16 (PRC/2011/10, *transacción con Antalis*), y de 16/11/16 (PRC/2011/10).

⁴² RCNC de 25/3/13 (S/0316/10 *Sobres de Papel*, ponente Julio Costas).

⁴³ Id. últ., págs. 293-294, detallando los efectos sobre los precios en varias licitaciones, para después concluir «*En este expediente se ha podido acreditar que el cártel ha producido efectos en el mercado español de sobres de papel, en la forma de bajas muy poco significativas en los precios finales de adjudicación en las licitaciones de sobres electorales y de grandes clientes respecto del presupuesto*

de modo que si bien los tribunales han discrepado en la valoración del informe pericial de los actores⁴⁴, no acudieron a la presunción del daño, pues su existencia era clara a la vista del material probatorio en autos⁴⁵.

VI. EL DAÑO EN EL CARTEL DE FABRICANTES DE CAMIONES

Como es sabido, el cartel de los fabricantes de camiones fue sancionado por la Comisión Europea en dos decisiones de julio de 2016 y de septiembre de 2017⁴⁶. La primera es una decisión transaccional y la segunda se refiere a la participación en el cártel del fabricante sueco de camiones SCANIA (que no participó en el acuerdo transacción con la Comisión)⁴⁷. Las multas impuestas por ambas alcanzan los €4.000 millones y solo se conocen versiones provisionales y censuradas, retrasándose su publicación varios meses. La parquedad de la primera decisión de la Comisión y las circunstancias en que se adoptó e hizo pública con retraso, dificultaban aún más la constatación del daño provocado por el cártel. La decisión declara una infracción por objeto del artículo 101 TFUE, sin pronunciarse sobre sus efectos, dificultando la labor judicial en los procesos indemnizatorios («*la cuestión no es tan sencilla [...] desde el momento que la decisión de la Comisión no se conoce en su integridad, al encontrarse disponible tan sólo un resumen de 33 páginas en idioma inglés, permaneciendo oculto el resto del documento por razones de confidencialidad*»)⁴⁸.

máximo de licitación, durante los más de 30 años de duración del cártel» (id. pág. 299) y «No es posible cuantificar exactamente la diferencia entre el nivel de precios resultante de la existencia del cártel y el que habría resultado por el juego de la libre competencia entre las empresas participantes en el cártel. No obstante, se ha podido probar que las bajas sobre el precio máximo de licitación realizadas por las empresas tras la finalización del cártel han sido muy superiores (del 21%, 35% y 40%) a las producidas vigente el cártel, siempre inferiores al 10% y algunos casos puramente testimoniales (véase supra punto B.1). Además, es indudable que el mercado, en un entorno de incertidumbre competitiva, se habría comportado de forma distinta, como reconocieron expresamente las empresas del cártel en la reunión de ASSOMA celebrada el 16 de octubre de 1986, haciendo referencia a la bajada de los precios en otros países europeos» (id. pág. 300).

⁴⁴ Cfr. Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona (sec. 15) de 10/1/20 (ES:APB:2020:58, ES:APB:2020:59, ES:APB:2020:201) y de 13/1/20, *Mutua Madrileña v. ADVEO* (MP: JF Garnica ES:APB:2020:186), ES:APB:2020:184, ES:APB:2020:60, ES:APB:2020:185; ES:APB:2020:698 y sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid (sec. 28) de 3/2/20, *Obras Misionales v. ENVEL* (MP: Gregorio Plaza, ES:APM:2020:1) y ES:APM:2020:2.

⁴⁵ Véanse, §§35-39 de la sentencia del juzgado mercantil 9 de Madrid de 13/3/20 (*IFEMA v. ADVEO*, ES:JMM:2020:1552) y FD4.4 del juzgado mercantil 3 de Barcelona (Berta Pellicer) de 25/3/21 (*PSOE v. ADVEO*, ES:JMB:2021:604).

⁴⁶ Decisiones de Comisión Europea de 19/7/16 (AT.39824 - *Trucks*) and 27/9/17 (AT.39824 - *Trucks*),

⁴⁷ Sobre las novedades y particularidades de la segunda decisión (en relación con la primera decisión de la Comisión sobre el cartel de fabricantes de camiones) permítase la referencia a MARCOS (2020).

⁴⁸ Sentencia de la Audiencia de Pontevedra de 28/2/19 ES:APPO:2020:471 (¶34).

La sobriedad de la primera decisión de la Comisión sobre este cártel ha llevado a la mayoría de los tribunales de los Estados miembros a extender el efecto vinculante de la decisión más allá de su parte dispositiva, para comprender también algunos extremos sobre el contexto y las particularidades de la colusión de los fabricantes de camiones⁴⁹.

A día de hoy, se trata ya del proceso de daños causados por ilícitos anti-concurren- ciales que ha generado una mayor litigiosidad en España, habiéndose dictado ya más de 1.800 sentencias en primera instancia y casi 450 en apelación, acercándose la suma de las indemnizaciones concedidas a €90 millones. Aún así, los tribunales habrían resuelto sólo un quinto de las demandas interpuestas, y ello sin contar que estarían pendientes de interposición todas las acciones consecutivas a la decisión sobre SCANIA⁵⁰.

1. Dificultades de identificación y cálculo del daño en el cártel de camiones

Tuve ocasión de reflexionar sobre el daño causado por el cártel de los fabricantes de camiones en los albores de estos litigios hace ya casi tres años, apuntando las dificultades que el cártel suscitaba para la identificación y cuantificación del daño:

«La estructura del mercado de distribución y venta de los camiones tendrá relevancia para la identificación y cuantificación del daño y la determinación de las víctimas. Así, la existencia de daño dependerá de en qué medida las prácticas de los infractores —que hubieran supuesto el alza de los precios brutos— se materializaron y concretaron efectivamente en sobrepagos pagados por los clientes finales, y eso no necesariamente y en todo caso habrá ocurrido (...). Como la decisión expresamente reconoce «los precios netos de los clientes reflejarán sustanciales descuentos sobre el precio bruto inicial» (párrafo 27 de la Decisión), lo que supone admitir que los sobrepagos no se trasladaban de manera automática en la cadena de distribución.

[...]la configuración de la cadena de distribución de los camiones afectará de manera determinante al cómputo del daño causado. Con carácter general, no es posible asumir sin más que una eventual alza en los precios brutos de los fabricantes repercutiese íntegramente y en su totalidad en los adquirentes finales.

⁴⁹ Véanse sentencias de la Corte de Apelación del Reino Unido (Civil Division) de 11/11/20 [2020] EWCA Civ 1475, *Ryder Ltd. et al v. AB Volvo et al* (MP: VJ Rose), del BGH alemán de 23/9/20 (KZR 35/19 *Lkw Kartell*, DE:BGH:2020:230920UKZR35.19.0) de y también la sentencia de la Corte de Distrito de Ámsterdam de 12/5/21 (C/13/639718/ HA ZA 17-1255 *et al.*, disponible en ECLI:NL:RBAMS:2021:2391), que se pronuncia conjuntamente sobre las 24 demandas interpuestas y tramitadas conjuntamente, referentes a un total de 200.000 camiones cartelizados.

⁵⁰ SCANIA la ha recurrido ante el Tribunal General de la UE, sin que el recurso se haya todavía resuelto (T-799/17). Véase Nota de prensa Scania 12/12/17 («Scania files appeal against decision of the European Commission regarding EU antitrust rules»). La vista ante el TGUE se celebró el 18/6/20, días antes de que el texto de la decisión la Comisión se hiciera público (el informe para la vista, redactado por el magistrado E. Buttieg, puede consultarse en https://www.hausfeld.com/uploads/documents/T0799-2017_EN_Hearing_public.pdf).

Aunque es plausible asumir que el «cártel» de los fabricantes de camiones supuso que el coste de los camiones fue superior al que hubiera sido en condiciones de libre competencia, resulta complejo estimar quiénes y cuánto pagaron de más»⁵¹.

A pesar de que mis palabras hayan sido interpretadas y utilizadas por los abogados de los fabricantes de camiones en defensa de sus intereses, alegando que en ese escrito negaba la existencia del daño, nada más lejos de la realidad⁵². Lo único que afirmaba entonces —y sigo pensando ahora— es que la singularidad del cártel de camiones implicaba dificultades añadidas para la identificación y cálculo del daño⁵³. Las prácticas colusivas de los fabricantes se desarrollaron principalmente a nivel de precios brutos. Ello probablemente tenga que ver con la heterogeneidad y complejidad de los bienes cartelizados, con lo que la producción del daño depende de la incidencia de la cadena de distribución en el traslado de las subidas de precios acordadas por los fabricantes a las ventas de los camiones a sus adquirentes⁵⁴. En cualquier caso, lo anterior no es singular

⁵¹ Véase MARCOS (2018).

⁵² FD3 de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (sec. 1) de 23/4/21 (*Carbónicas Alavesas SA v. IVECO*, MP: M.^a Mercedes Guerrero, ES:APVI:2021:105): «En cuanto a los comentarios del profesor Francisco Marcos, son parciales, se hace referencia a las partes del artículo que interesan, obviando aquellas otras en las que describe la forma de actuar de los fabricantes y la manipulación de los precios»).

⁵³ En una línea, por cierto, en la que parece incidir el informe de HARRINGTON y SCHINKEL (2020) ampliamente referido en ¶¶3.57 a 3.62 de la sentencia de la Corte de Distrito de Ámsterdam de 12/5/21 (C/13/639718/ HA ZA 17-1255 *et al.*, ECLI:NL:RBAMS:2021:2391), que suponen (¶3.60) que: «se trata de un nuevo tipo de cártel. Dado que los intercambios tenían lugar a un alto nivel en la organización de los fabricantes de camiones y que estos intercambios sólo se referían a las listas de precios brutos, se podía mantener la imagen dentro y fuera de la propia empresa de que había plena competencia. Un hecho que queda ilustrado por los mensajes de correo electrónico presentados por DAF (prod. DAFA-0008). Esto también permitía mantener la imagen de que el precio de un camión era negociable de abajo hacia arriba. Sin embargo, a raíz de los intercambios, los precios brutos se incrementaron desde arriba. Como esto ocurrió en prácticamente todo el sector, al exterior le pareció que el nivel de precios había subido. Esta teoría del daño ilustra que los aumentos artificiales de los precios brutos de lista, basados en una apariencia de aumento de los costes a través del proceso habitual de negociación de descuentos, condujeron de forma generalizada a un recargo neto del cártel sobre los precios finales netos pagados por los clientes. Por lo tanto, Harrington & Schinkel refuta la defensa de los fabricantes de camiones de que no era posible una coordinación efectiva porque no se cumplían los criterios de Airtours debido a las numerosas variables que intervienen en el mercado de camiones. Precisamente al acordar los precios de lista en la base se tuvieron en cuenta todas las variables. El aumento artificial de los precios o, como dice el Prof. Schinkel, la marea creada artificialmente que levanta todos los barcos, benefició a todos los fabricantes de camiones. Del informe Harrington & Schinkel se deduce que esto también es cierto para los casos en los que hubo acuerdos concretos sobre aumentos de precios brutos de lista». Para un análisis más de tallado de esta sentencia, permítase la referencia a MARCOS (2021B).

⁵⁴ Obsérvese que ese problema no se suscitaba en el cártel del azúcar sancionado por el Tribunal de Defensa de la Competencia (resolución de 15/4/99, 426/98 Azúcar, ponente Antonio Castañeda) y que dio lugar a las sentencias pioneras del Tribunal Supremo reconociendo la compensación de los daños y

al cártel de fabricantes de camiones y ocurre en todos los cárteles industriales que han sido descubiertos y sancionados por la Comisión europea en los últimos veinte años⁵⁵. En ellos las empresas partícipes en el cártel acordaban y coordinaban los precios brutos o de lista, aunque en todos ellos se constataba la preocupación de los cartelistas por la repercusión de las subidas a los clientes finales (precios netos). Ello, por otra parte, es coherente con la literatura económica que apunta la relevancia del «soporte» que la cadena de distribución (y las restricciones verticales) presentan para la efectividad y estabilidad de los cárteles⁵⁶.

Todas las Audiencias provinciales han seguido en este punto la postura del juzgado mercantil 3 de Valencia que tempranamente acudió a la sentencia del Tribunal General UE sobre el cartel de los accesorios de baño como apoyo de la conexión existente entre los precios brutos y los precios netos de venta de los camiones⁵⁷. Las Audiencias que se han pronunciado hasta la fecha también han considerado de manera unánime que este cártel produjo daños⁵⁸, mayormente porque han presumido que este cártel causó

perjuicios causados a los compradores de azúcar de uso industrial (SSTS de 8/6/12, *Galletas Guyón SA v. ACOR*, ES:TS:2012:5462 y de 7/11/13, *Nestlé v. Ebro*, ES:TS:2013:5819). Sin embargo, el hecho de que el daño se produjera en el eslabón medio de la cadena de producción en aquel caso hizo que lo que se suscitase, aunque sin éxito para los demandados, fuera la posible repercusión del sobrecoste pagado por el azúcar (uno de los principales insumos utilizados por los perjudicados en sus procesos de producción) a los clientes «aguas abajo» (véase FD5.3 de la última sentencia citada). Permítase la referencia al análisis del caso que hacíamos en MARCOS (2015) págs. 185-215.

⁵⁵ Véanse Decisión de la Comisión de 21/11/1 (COMP/E-1/37.512Euro *Vitaminas*); Decisión de la Comisión de 2/7/2, C.37.519 *Metionina* (y luego sentencia de la Sala 3 del TGUE 5/4/6, *Degussa AG v. Comisión CE*, T-279/02 EU:T:2006:103); Decisión de la Comisión de 1/10/3 (COMP /E-1/37.370 *Sorbatos*); Decisión de la Comisión de 14/9/5 (COMP/38.337 *PO/Hilo*); Decisión de la Comisión de 30/11/5 (COMP/3835 *Bolsas industriales*); Decisión de la Comisión de 15/10/8, COMP/39188 *Bananas* (y luego sentencia de la sala 2 del TJUE de 19/3/15, *Dole Food Co. et al.* C-286/13P, MP: A Arabadjiev EU:C:2015:184); Decisión de la Comisión de 23/6/10, COMP/39.092-Productos y accesorios de baño (y luego sentencias de la Sala 4 del TGUE de 16/9/13, *Keramag Keramische Werke et al. v. Comisión*, T-379/10 y 381/10, EU:T:2013:457; de la Sala 1 del TJUE de 26/1/17, C-613/13P, MP: S. Rodin, EU:C:2017:49, y de la Sala 1 del TGUE de 3/7/18, T-379/10 RENV EU:T:2018:400) y, finalmente, Decisión de la Comisión de 28/3/12, COMP/39452 *herrajes para ventanas y puertas francesas*.

⁵⁶ Véanse LEVENSTEIN y SUSLOW (2014) pág. S43 («los intentos de ejercer un control vertical estaban conectados con la colusión aguas arriba») y HARRINGTON y YE (2017).

⁵⁷ ¶¶60 de la Sentencia de la Sala 4 del TGUE de 16/9/13 (*Keramag Keramische Werke v. Comisión*, T-379/10 y 381/10, EU:T:2013:457) a los que se refiere la pionera sentencia del juzgado mercantil 3 de Valencia (Eduardo Pastor) de 20/2/19, ES:JMV:2019:34 (¶54).

⁵⁸ Véase MARCOS (2021A) §2.2.

daños⁵⁹, aunque hay algunas que han considerado convincente la prueba aportada por los demandantes⁶⁰.

2. ¿Inexistencia de daños?

Una reciente sentencia del juzgado Mercantil 1 de Oviedo que desestima la reclamación de daños de dos adquirentes de tres camiones Daimler AG al considerar que «*tras el examen de ambas periciales no solo no existe prueba de sobreprecio, sino que estimamos científicamente acreditado que no lo ha habido*»⁶¹, ha reavivado las dudas

⁵⁹ Véanse, por ejemplo (se cita sólo la primera dictada en tal sentido), Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sec.9) de 16/12/19 (*Manipulados Guerrero Sancho SL. v. Fiat Chryslerl*, MP: Purificación Martorell, ES:APV:2019:4151), de Pontevedra (sec. 1) de 28/2/20 (*Transportes Gallegos Petroquímicos v. MAN Truck & Bus*, MP: Jacinto J. Pérez, ES:APPO:2020:471); de Barcelona (sec. 15) de 17/4/20 (*PNP v. Fiat Chrysler*, MP: Marta Cervera, ES:APB:2020:2567); de Vizcaya (sec.4) de 4/6/20 (*EULEN SA v. CNH Industrial NV*, MP: M.ª Lourdes Arranz, ES:APBI:2020:265); de Zaragoza (sec.5) de 27/7/20 (*Hermanos Bailón SL v MAN Truck & Bus*, MP: Juan Carlos Fernández, ES:APZ:2020:2046); de Alicante (sec. 8) de 15/10/20 (*X v. AB VOLVO*, MP: Luis A. Soler, ES:APA:2020:3024); de Zamora (sec. 1) de 16/10/20 (*Arcyca, SA v. AB Volvo*, MP: Ana Descalzo, ES:APZA:2020:501) de Oviedo (sec.1) de 23/11/20 (*Transportes Gelado y Riesco SL v. MAN Truck & Bus*, MP: Miguel J. Covián, ES:APO:2020:4760) de Córdoba (sec. 1) de 25/1/21 (*X v. MAN Truck & Bus*, MP: Pedro Roque Villamor, ES:APCO:2021:87) de Girona (sec.1) de 27/1/21 (*F v. AB VOLVO*, MP: Nuria Lefort, ES:APGI:2021:58); de Coruña (sec.4) de 8/2/21 (*Gestal y López SL et al v. MAN Truck & Bus*, MP: Pablo S. González-Carrero, ES:APC:2021:21); de Jaén de 22/2/21 (*HCM CB v. IVECO*, MP: Mónica Carvía, ES:APJ:2021:313); de Logroño (sec.1) de 12/3/21 (*Harinas Vázquez S.A. v. IVECO*, MP: M.ª Del Puy Aramendia, ES:APLO:2021:121), de Murcia (sec. 4) de 25/3/21 (*Dumatrade SL et al. v. MAN Truck & Bus*, MP: Rafael Fuentes, ES:APMU:2021:650); de Soria (sec.1) de 29/3/21 (*COPISO v. IVECO*, MP: M.ª Belén Pérez-Flecha, ES:APSO:2021:98) y de Álava (sec. 1) de 31/3/21 (*Argo Alquileres y Transportes SL v. IVECO*, MP: David Losada, ES:APVI:2021:279); de Almería (Sec.1) de 13/4/21 (*JMQT v. DAF Trucks*, MP: Salvador Calero, rollo 187/20).

⁶⁰ Véanse, por ejemplo (se cita sólo la primera dictada en tal sentido), Sentencias de las Audiencias Provinciales de Guipúzcoa (*Servicios de Txingudi SA et al v. IVECO*, MP: Beatriz Hillinger, ES:APSS:2021:1) de Cáceres (sec.1) de 10/3/21 (*Mundi Fruit SL et al v. Renault Trucks*, MP: Antonio M.ª González, ES:APCC:2021:226); Valladolid (sec.3) de 11/3/21 (*Gilmartín Servicios Integrales del Transporte SL v. MAN Truck & Bus*, MP: Ignacio Martín, ES:APVA:2021:357); Zaragoza (sec. 5) de 30/3/21 (*Pikolín SL v. IVECO*, MP: Alfonso M.ª Martínez, ES:APZ:2021:273), Álava (sec. 1) de 23/4/21 (*Carbónicas Alavesas SA v. IVECO*, MP: M.ª Mercedes Guerrero, ES:APVI:2021:105) y Ávila (sec. 1) de 23/7/21 (*DJR v. Renault Trucks SAS*, ES:APAV:2021:206, MP: Miguel A. Callejo).

⁶¹ Sentencia del Juzgado mercantil 1 de Oviedo (Alfonso Muñoz) de 12/4/21 (*EMIE v. Daimler*, ES:JMO:2021:3265), que se repite en las cinco sentencias dictadas por el mismo juzgado el 19/4/21 (*varios v. Daimler*, ES:JMO:2021:3268, ES:JMO:2021:3269, ES:JMO:2021:3286, ES:JMO:2021:3266y ES:JMO:2021:3267). La primera ha sido revocada por sentencia de 7/10/21 (*AFDLR v. Daimler AG*, rollo 833/21, MP: Miguel J. Covián), estimando parcialmente el recurso de la parte actora y condenando a Daimler a abonar una indemnización de €16.343,88 más intereses desde la fecha de adquisición por el daño sufrido en la compra de 3 vehículos cartelizados (equivalente al 8% del precio de adquisición). También la segunda de las otras cinco mencionadas ha sido revocada por sentencia de 7/10/21 (*Transportes Ana Fernández Soto SL v. Daimler AG*, ES:APO:2021:2713, MP: Miguel J. Covián: €27.587,93 más los intereses desde la fecha de adquisición por el daño causado en la adquisición de 4 vehículos cartelizados).

sobre la realidad del daño en el cártel de camiones. Sirva advertir que el resto de los tribunales mercantiles ovetenses se han pronunciado sobre procesos similares alcanzando conclusiones opuestas. El juzgado mercantil 2 de Oviedo se ha pronunciado sobre procesos similares —i.e., con idénticos informes periciales enfrentados— en más de una docena de sentencias afirmando todo lo contrario⁶². También la Audiencia Provincial de Oviedo (sec. 1) se ha pronunciado ya sobre el asunto (al resolver recursos contra cinco sentencias previas del juzgado mercantil 2), concluyendo en todas ellas:

«Sostener que los intercambios de información y alineamiento de precios que hubieron de producirse constituyen comportamientos inocuos para la formación de precios finales, sin repercusión para el consumidor final, es algo que no puede compartirse. [...] Es cierto que no es lo mismo un cártel de transformación, y que el mercado de camiones es un mercado distinto al del azúcar, o al de otros productos, de la clase que sean. Pero presumir que el intercambio de precios brutos permitía mantener éstos en un nivel más elevado que el que resultaría de la libre competencia, es algo consustancial a la conducta que describe la Decisión. Esta conclusión es enteramente conforme con el curso natural de las cosas y constituye una presunción de pensamiento naturalmente enlazada con los hechos de los que se parte. Prueba de ello es que en la misma línea de razonamiento se han movido la práctica totalidad de las resoluciones judiciales dictadas hasta el momento en toda la geografía española. La propia Guía Práctica de la Comisión (apartado 140), explicita de forma similar la obviedad de que las empresas integrantes del cártel esperan que éste produzca efectos sustanciales en el mercado en términos de beneficios a costa de sus clientes. En definitiva, que las subidas de precios brutos inciden en un aumento del precio final es un efecto natural del mercado y los elementos diferenciadores en que insiste la apelante carecen de virtualidad para destruir la

⁶² Todas las sentencias son estimatorias (varias íntegramente y con imposición de costas al demandado), las que no son estimaciones íntegras reducen ligeramente el importe de la indemnización al excluir los intereses en caso de reventa de los camiones): sentencias del juzgado mercantil 2 de Oviedo (Miguel Álvarez-Linera) de 30/9/20 (ES:JMO:2020:3016) y otras tres de la misma fecha (ES:JMO:2020:2890; ES:JMO:2020:2894; ES:JMO:2020:2891), de 1/10/20 (ES:JMO:2020:2895; ES:JMO:2020:2910) y de 11/11/20 (ES:JMO:2020:5467, ES:JMO:2020:5480, ES:JMO:2020:5493, ES:JMO:2020:5465, ES:JMO:2020:5486, ES:JMO:2020:5487 y ES:JMO:2020:5460), en las que sobre el informe pericial aportado por Daimler concluye *«una pericial en la que, tras negar la existencia de una relación entre una supuesta alineación de precios brutos y un aumento de los precios netos,[...], de la pericial de la demandada no solo no resulta prueba alguna acreditativa de la inexistencia del daño sino que tampoco resulta cuantificación alguna razonable del daño, el cual se limita a negar sobre la base de lo que considera una acreditación empírica que le hace llegar a concluir que el daño no existió por cuanto tampoco habría existido el aumento de los precios netos derivada de la conducta anticompetitiva por la que habría sido sancionada una pericial en la que, tras negar la existencia de una relación entre una supuesta alineación de precios brutos y un aumento de los precios netos,[...], de la pericial de la demandada no solo no resulta prueba alguna acreditativa de la inexistencia del daño sino que tampoco resulta cuantificación alguna razonable del daño, el cual se limita a negar sobre la base de lo que considera una acreditación empírica que le hace llegar a concluir que el daño no existió por cuanto tampoco habría existido el aumento de los precios netos derivada de la conducta anticompetitiva por la que habría sido sancionada»*.

presunción de que el precio final se ve incrementado por las conductas anticompetitivas y que, si no hubiera sido por el cartel, los precios de los camiones en destino hubieran sido inferiores»⁶³.

A primera vista, el fallo del juzgado mercantil 1 de Oviedo es coherente con que la presunción (sea judicial o legal) de causación de daño por los cárteles sea rebatible (*iuris tantum*), con lo que es razonable que sea posible que la demandada demuestre que el cartel no produjo daños⁶⁴. En efecto, cuando la decisión de la autoridad administrativa de competencia no constate inevitablemente la producción de un daño (algo que ocurría, en cambio, con el cártel del azúcar o con el cártel de los sobres) el respeto al derecho de defensa debe permitir que la demandada acredite que el daño no existió. Por tanto, puede que la cuantificación alternativa del demandado sea cero (de nuevo, en el cártel del azúcar o de los sobres de papel esto no era posible, pues estaba probada la subida de los precios pagados por los perjudicados). Aunque sean excepcionales, tanto los estudios empíricos en materia cárteles⁶⁵ como la doctrina científica sobre organización industrial consideran que pueden existir cárteles que no causen daño⁶⁶.

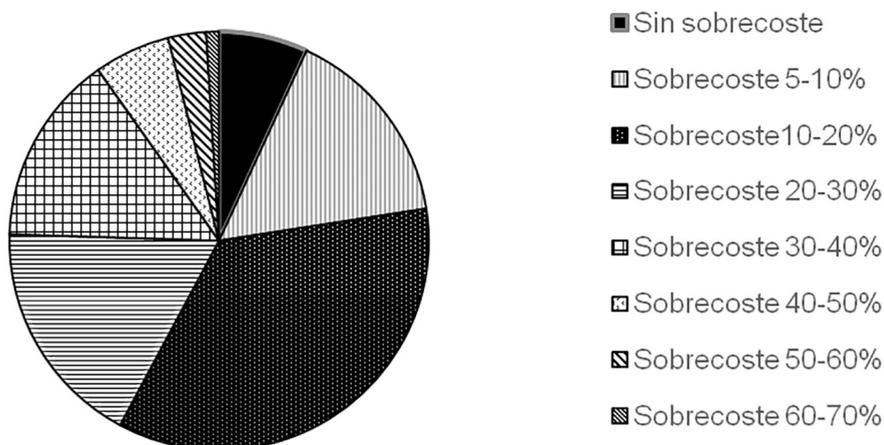
⁶³ FD3 de Sentencias de la Audiencia Provincial de Oviedo (sec. 1) de 23/2/21 (*NMSM et al v. Daimler*, MP: Miguel J. Covián, ES:APO:2021:439); de 2/3/21 (*HLL v. Daimler*, MP: Miguel J. Covián, ES:APO:2021:561); de 9/3/21 (*RNR v. Daimler*, ES:APO:2021:766, MP: Javier Antón); de 10/3/21 (*Ismael Cazón Alonso SL v. Daimler*, ES:APO:2021:786, MP: Miguel J. Covián) y finalmente de 29/4/21 (*Empresas Cosmen SA v. Daimler*, ES:APO:2021:1442, MP: Miguel J. Covián). Véanse también el FD3 de las dos sentencias de 7/10/21 (*AFDLR v. Daimler AG*, rollo 833/21) y 7/10/21 (*Transportes Ana Fernández Soto SL v. Daimler AG*, ES:APO:2021:2713).

⁶⁴ Así, por ejemplo, según la sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona (sec. 15) de 17/4/20 (ES:APB:2020:2567): «Estamos ante una presunción *iuris tantum* que, si bien puede favorecer a la actora, permite prueba en contrario que deberá desarrollar la demandada para negar la existencia de perjuicios sufridos por la actora correspondiente al sobreprecio que afirma que ha debido pagar como consecuencia de la infracción anticompetitiva» (§36). También para la sentencia de la Audiencia provincial de Murcia (sec. 4) de 25/3/21 (ES:APMU:2021:650): «Ello no significa que en todos los casos de cárteles la conducta de sus integrantes implique la generación de daños, pues es posible que se acredite que, no obstante la conducta ilícita, la misma, atendidas sus circunstancias, no ha supuesto daños y perjuicios» (FD3.7). Finalmente, según la reciente sentencia del juzgado mercantil 1 de Santander (Carlos Martínez de Marigorta) de 11/5/21 (*Servicios Públicos y contratas SL v. DAF Trucks NV*, ES:JMS:2021:6295): «debe presumirse la existencia de un daño en forma de sobre coste en la adquisición de los camiones, pero esta presunción podría ser rebatida (sin separarse o contradecir el escenario descrito y sancionado en las Decisiones) por el demandado, acreditando la ausencia de daño (no su imposibilidad en el mercado de camiones descrito en la Decisión o en un cártel sancionado «por objeto»). Algo que no es descartable en el plano teórico, más aún en un cártel del que no se ha acreditado la existencia de mecanismos de control y sanción» (§81)

⁶⁵ OXERA, (2009) pág. 91 (de donde se toman los datos a partir de los que se construye la gráfica que aparece en el texto).

⁶⁶ Véase MAIER-RIGAUD, MILDE y HELM, (2015).

Distribución de los sobrecostos causados por cárteles en estudios empíricos sobre cárteles pasados: resultados indicativos de una muestra nueva seleccionada por OXERA, basada en Connor y Lande (2008)



Como es sabido, el informe OXERA y la Guía Práctica sobre cuantificación de daños de la Comisión Europea aluden a que un 7% de los cárteles no producen daño⁶⁷. Sin embargo, la determinación de que un cártel no haya causado daños sólo puede ser el resultado de un detallado análisis teórico y empírico en cada caso concreto. Sostener la inexistencia del daño implica afirmar que el cártel fue ineficaz y que los cartelistas no obtuvieron beneficio alguno de su conducta, ora por problemas de coordinación, por problemas de alcanzar un equilibrio colusivo estable/sostenible en el tiempo, ora por la inexistencia o ineffectividad de los mecanismos de control y sanción en caso de desviación del equilibrio por parte de las empresas partícipes en la infracción⁶⁸. Tal resultado puede explicarse por la ineficacia de la coordinación entre ellas o por el desconocimiento por las empresas de tal extremo, subsistiendo la duda sobre la plausibilidad de este resultado cuando un cártel, como el de los fabricantes de camiones, se prolongó durante un período de tiempo tan largo.

3. La prueba de la ausencia del daño

La cuestión discutida es cuál sea el estándar probatorio requerido al demandado para acreditar la inexistencia de daño. Se parte de la siguiente consideración del Tribunal Supremo en su segunda sentencia sobre los daños causados por el cártel del azúcar: «*con carácter general que no es suficiente que el informe pericial aportado por el responsable*

⁶⁷ Véase OXERA (2009), pág. 91 y Comisión Europea (2013), pág. 142.

⁶⁸ MAIER-RIGAUD, MILDE y HELM (2015), págs. 15-16.

del daño se limite a cuestionar la exactitud y precisión de la cuantificación realizada por el informe pericial practicado a instancias del perjudicado sino que es necesario que justifique una cuantificación alternativa mejor fundada»⁶⁹.

Como ya se ha apuntado, la exigencia anterior debe coordinarse con el respeto al derecho de defensa del demandado:

«debemos exigir a los demandados una labor probatoria que vaya más allá de la mera censura metodológica de los estudios que haya podido aportar la parte actora en el proceso. Tampoco podemos esperar de ellos una suerte de «rendición probatoria», que lesione sus capacidades de contradicción y estrategia procesal. Debemos ocuparnos de establecer reglas claras sobre valoración probatoria que no conviertan el éxito de una acción privada en una pieza de museo, pero también definir un marco concreto para el ejercicio efectivo del derecho de defensa por parte de los infractores»⁷⁰.

En palabras del juzgado mercantil 1 de Oviedo, refiriéndose al estándar requerido por el Tribunal Supremo en la sentencia Azúcar II:

«la censura del Alto Tribunal a la negación por la cartelista del sobreprecio y la exigencia de que justifique una cuantificación alternativa mejor fundada no ha de ser entendida en el cártel de camiones (en el que no hay prueba previa del sobreprecio) como una imposibilidad (en términos de viabilidad) de defender un sobreprecio cero, so pena de estandarizar la respuesta judicial (la litigación en masa no implica respuesta judicial en masa) y convertir la incipiente aplicación del derecho privado de la competencia en España en materia de cárteles en un paseo al patíbulo, una especie de certus an incertus quantum, en que el cartelista se ve obligado a renegar de su inocencia (sobreprecio cero) y confesar (una alternativa razonable siempre superior) si quiere tener alguna posibilidad de rebajar el tormento»⁷¹.

Sin embargo, a mi juicio, la concepción del daño cero en la sentencia del juzgado Mercantil 1 de Oviedo arranca de dos premisas teóricas incorrectas sobre los daños causados por los cárteles y, en particular, sobre el eventual daño causado por el cártel de fabricantes de camiones.

En primer lugar, la sentencia considera que el daño causado por los cárteles como un daño individualizado o parcial⁷², lo que contradice la idea del daño global provocado

⁶⁹ FD6.3 in fine de la STS de 7/11/13 (ES:TS:2013:5819).

⁷⁰ PASTOR (2018).

⁷¹ FD4 de la sentencia del juzgado mercantil 1 de Oviedo de 12/4/21 (ES:JMO:2021:3265).

⁷² *Id. últ.* FD3 («Tampoco conocemos si la afectación pudo variar en función del tiempo (por más que se la califique de infracción única continuada), del Estado miembro o del fabricante, lo que no permite excluir, a priori, que (i) no haya habido afectación en los precios netos, que, (ii) habiéndola, se haya presentado de forma irregular en el espacio y/o en el tiempo, o alternativa o cumulativamente, (iii) la haya habido en unos fabricantes sí y en otros no. Esta última circunstancia no es irrelevante, pues por más que la acción ejercitada sea extracontractual y la responsabilidad solidaria (impropia), al quedar limitado en la demanda el daño a un incremento del precio neto contractual, el juicio tiene que ser individual para cada fabricante. Si un comprador no ha pagado sobreprecio a su fabricante, le es indiferente que otras marcas sí hayan subido artificialmente sus precios netos, pues no tendrá legitimación activa para dirigirse contra ellas por falta de daño»).

por los cárteles. Teóricamente, en abstracto, cabe pensar que pueda aislarse y calcularse el daño causado por cada participante en el cartel (y de hecho, en el plano interno las reglas de contribución relativa entre ellos tienen ese objetivo), pero aunque se tengan en cuenta las circunstancias concretas en las que el demandante experimentó el daño, el perjudicado tiene derecho a reclamar a cualquiera de los co-infractores⁷³.

En segundo lugar, el planteamiento del juzgador ovetense parece lastrado de una asimilación excesiva del cartel de los fabricantes de camiones al cártel del azúcar, cárteles ambos, pero de características dispares. Salta a la vista que el cártel del azúcar era un cártel de «núcleo duro», con pruebas claras del daño en la propia resolución de la autoridad de competencia y en el que la cadena de distribución del producto cartelizado no tenía ninguna incidencia para la constatación del daño. En cambio, lo contrario ocurre en el cártel de los fabricantes de camiones, que presenta una idiosincrasia singular⁷⁴. Adicionalmente, a diferencia de lo que la sentencia parece dar a entender, el menor amplitud o detalle de la decisión de la autoridad de competencia y su parquedad de datos sobre los efectos del cártel en el mercado no permiten concluir que éstos no se produjeran⁷⁵. La existencia de un mayor soporte fáctico en la decisión de la autoridad de competencia no es decisiva y se debe más bien a cuestiones de oportunidad administrativa (principalmente la aquiescencia de todas las destinatarias), pero nada tiene que ver con la naturaleza y el eventual impacto de la infracción en el mercado.

No obstante, si bien pueda resultar contra-intuitivo a la vista de la duración, extensión geográfica y material del cártel (que afectó a más del 90% del mercado) debe reconocerse a los demandados la posibilidad de acreditar que el cártel no produjo efectos (i.e., que los precios medios de los camiones medios y pesados no subieron como consecuencia del cartel), proporcionando pruebas de la ausencia de sobrepuestos en los camiones vendidos mientras el cártel estuvo operativo⁷⁶.

A estos efectos, el juzgado Mercantil 1 de Oviedo da por válido el ejercicio que el perito del fabricante presenta, y pasa por alto que —en su caso— su modelo demostraría la ausencia de efectos del cártel en los «precios a nivel de transacción» de los camiones (aunque esos «precios» no son ni los «precios brutos», ni los «precios netos» de los camiones). Además, uno de los principales ingredientes del modelo son los costes de producción proporcionados por DAIMLER (que han sido modificados varios años para

⁷³ Véanse *supra* notas 19-24 y texto al que se refieren.

⁷⁴ Véase *supra* nota 52.

⁷⁵ FD4 de la sentencia del juzgado mercantil 1 de Oviedo de 12/4/21 (ES:JMO:2021:3265): «Basta comparar el relato de hechos de la Decisión de la Comisión con la del TDC para apreciar las evidentes diferencias entre el cártel de camiones y el del azúcar».

⁷⁶ Véase PASTOR (2019), pág. 78 («Si los daños se presumen, el demandado infractor es el obligado a acreditar las circunstancias que refuten esa presunción o, también, la presencia de aquellas circunstancias que minoren esa responsabilidad: la repercusión de sobrecostes por parte del lesionado por la conducta ilícita»).

eliminar «*determinados costes imprevistos e inusualmente altos*», según reconoce la propia sentencia).

A mi modesto entender, es discutible dar validez a un modelo construido con esos datos. Ello no se debe a su fuente (i.e. datos internos de DAIMLER) —como la sentencia censura a los demandantes—, ni tampoco a la eventual modificación de los mismos por los peritos, sino a otras razones. Creo que en su valoración del modelo la sentencia pasa por alto que tanto la utilización de los «precios de transacción» como los «costes de producción» es cuestionable⁷⁷.

Para empezar, los «precios de transacción» («*precios netos que Daimler cobra a los concesionarios propios o ajenos por los camiones*») no sirven para el propósito de la identificación del daño provocado por el cartel, pues esos precios no los paga nadie. Otros juzgados han cuestionado la validez de un modelo similar que utilice esos precios:

«Para utilizar los precios netos al concesionario debe aclararse cuál es la relación entre el grupo de empresas del fabricante (fábrica, sede central, empresa comercializadora, filial en el país (y a veces uno o más distribuidores) y el concesionario. [...]»⁷⁸.

Esos precios no son ni los precios brutos, ni los precios netos de los camiones. Se trata de una magnitud artificial, interna del fabricante⁷⁹. Si el cártel era de precios brutos, a partir de los cuáles se calculaban los precios netos, ¿qué sentido tiene examinar los «precios de transacción»? ¿no sería mejor en tal caso mirar los «precios brutos»? o si no ¿por qué no se analizan los precios netos finales de venta de los camiones? Lo que carece de sentido es utilizar los «precios de transacción» que no se sabe bien que son⁸⁰, máxime cuando el fabricante conoce y tiene a disposición información sobre todo el sistema de fijación de precios y podría acreditar perfectamente su evolución en la cadena de distribución⁸¹. Sin ir más lejos, a la vista de la marcada tendencia a la

⁷⁷ Sobre los problemas de pertinencia y validez de los datos utilizados («*garbage in, garbage out*») en los modelos de cuantificación de daños, véase HUGHES y NG (2015), pág. 10.

⁷⁸ ¶73 de la sentencia del juzgado mercantil 2 de Madrid (Andrés Sánchez Magro) de 29/4/21 (PO1251/19, *Trans GLP v. IVECO*), respecto de un ejercicio análogo de otro de los partícipes en el cártel.

⁷⁹ Así, frente a un ejercicio similar de otro de los participantes en el cártel (DAF), véase ¶87(iii) de la Sentencia del juzgado mercantil 1 de Santander de 11/5/21 (ES:JMS:2021:6295:), los califica de: «*datos internos (incontrastables) de un sistema propio de pedidos (OMS), no de los precios netos reales a cliente, que son los relevantes a los efectos que nos atañen*».

⁸⁰ *Id. últ.* ¶87(i): «*no emplea precios netos sino de transacción, sin aclarar debidamente si en este concepto de 'precios de transacción' se incluyen los de transferencia a través de empresa de distribución propias o independientes (en el sentido en que la expresión 'precios de transferencia' se emplea en el § 27 de la Decisión), o si se incluyen también y en qué medida, precios netos de venta directa a clientes (se alude que se trata de precios a sus clientes directos, en su mayoría distribuidoras)*».

⁸¹ En palabras de la sentencia del juzgado mercantil 7 de Barcelona (Raúl N. García) de 12/9/19 (ES:JMB:2019:1121): «*Correspondía a la parte demandada acreditar, no sólo por el juego de la presunción antes destacada, sino también por el principio de cercanía a las fuentes de prueba, parámetros tales como cuáles han sido sus precios o listas de precio brutos reales, cuál fue su evolución en el periodo considerado*

integración vertical de este mercado, en el que el número de concesionarios en España apenas supera el centenar y con gran número de concesionarios en propiedad de los fabricantes y pocos concesionarios verdaderamente independientes, el modelo debería haberse construido empleando los precios de netos finales de los camiones⁸². Dada su posición de prevalencia y facilidad probatoria:

«El fabricante puede por lo tanto aportar todos los datos necesarios para conocer el proceso de fijación de precios netos desde el origen (en el que se habrá ya valorado la incidencia de ‘shocks’ o variables externas). Entiendo que a este efecto debería aportar datos reales contrastables de precios netos, no de ‘precios de transferencia’ [...]».⁸³

De otro lado, con el propósito de aislar el eventual efecto de la infracción en los precios el modelo utiliza como principal ingrediente, los «costes de producción», que se extraen del sistema de planificación interna del fabricante. La utilización de esta variable de costes internos es problemática y no necesariamente porque esté manipulada. Como ha dicho el juzgado mercantil 2 de Madrid respecto de la utilización de esta variable por los peritos de otro de los fabricantes en el cártel (IVECO) en un modelo que también concluía la ausencia de sobre coste⁸⁴:

«Más relevante es la inclusión de la variable ‘costes de producción’. ¿Qué costes? No se describen ni se sabe cuáles son, ni los criterios de imputación contable de los gastos, lo que supone una medida totalmente subjetiva (y por supuesto, manejable), aunque se haya acreditado que se han obtenido del ERP de la empresa y éste sea fiable y sometido a auditorías. No se trata de dudar de la veracidad de los datos, sino de su selección, sentido y utilidad en la aplicación al modelo. Pero, podría llegarse a pensar que sólo han elegido los costes que no provocan sobreprecio».

Es verdad que esos datos no deben cuestionarse porque procedan de una empresa condenada por participar en un cártel que ha sido sancionada con una multa de más de €1.000 millones, y se puede coincidir con el juez ovetense en la maquiavélica operación

y en periodos temporales anteriores y posteriores, cuáles fueron sus precios de transferencia nacionales y/o los precios de los concesionarios, que descuentos u otros parámetros jugaron, de manera real y efectiva, en cada caso, en la determinación de los precios netos. Todo ello con datos reales, contrastables acompañados, en su caso, como datos añadidos al informe pericial. Y todo ello de cara a tratar de demostrar la afirmación, contraria a la lógica, relativa a que una adulteración en la fijación del precio bruto inicial del camión marcado por el fabricante no ha tenido repercusión en el proceso de fijación de los precios en el sector de los camiones y, en definitiva, en el precio final pagado por el cliente, por mucho que en el precio final pagado intervengan múltiples y diversos factores» (¶28).

⁸² Obsérvese que ese es el extremo acreditado por los demandados en las acciones consecutivas a los cárteles en red de los concesionarios AUDI/SEAT/VOLKSWAGEN y el resto de los cárteles de automóviles examinados *supra* §V.1 y 2, tratándose de uno de los aspectos que en esos casos condujo a la desestimación de las demandas (véanse *supra* notas 34 y 39).

⁸³ ¶84 de la sentencia del juzgado mercantil 1 de Santander de 11/5/21 (ES:JMS:2021:6295):).

⁸⁴ ¶84 de la sentencia de 29/4/21 (ES:JMS:2021:6295):).

que supondría manipular los centenares de miles de datos empleados⁸⁵. El problema radica más bien en el riesgo de que esos datos pudieran estar afectados por la conducta infractora de la empresa. Como recientemente ha afirmado el juzgado mercantil 1 de Santander, al rechazar el informe pericial de otro de los fabricantes participantes en el cártel (DAF) que sostenía la inexistencia de daño:

«en caso de proponer variables aplicables a los diferentes métodos de cuantificación, elegir variables objetivas (precios de insumos, tecnología, mano de obra, energía, etc.), no vinculadas a la estructura de la propia cartelista y por lo tanto potencialmente afectadas por la infracción [...] La constante alusión a la variable ‘coste’, genera muchas dudas. No solo sobre su propio concepto y componentes, y la sospecha de que pudiera estar también ‘cartelizado’. No se trata de una variable específica en la contabilidad que hubiera podido ser auditada como tal, o mejor dicho ‘los conceptos de costes en términos contables puede diferir de los conceptos de costes en términos económicos’ (§106 Guía)»⁸⁶.

Estas dudas están justificadas y son coherentes con el hecho de que la falta de competencia provocada por el cártel pudiera afectar a la eficiencia productiva de los fabricantes implicados, elevando los costes de producción. Se trata un efecto de los cárteles que se fundamenta en la teoría económica y en cierta evidencia empírica⁸⁷. De ser así, cualquier estimación de sobrecoste cero que se base en esos «costes de producción» internos de la empresa durante la vigencia del cártel subestimaría el posible sobrecoste causado por el cártel. La Guía de la Comisión sobre cuantificación de daños advierte sobre este particular:

«Puede ocurrir que los costes de producción observados durante la infracción no sean representativos de los costes de producción que habrían sido probables sin la infracción. Esto puede deberse a dos razones principales: en primer lugar, en el caso de infracciones del artículo 101, las empresas que, debido a su conducta colusoria, no están sometidas a la presión competitiva que habría existido sin la infracción pueden operar menos eficientemente y, por consiguiente, generar costes de producción superiores que si soportaran la presión competitiva. En segundo lugar, los infractores pueden restringir la producción y pueden, por tanto, renunciar, durante la infracción, a economías de escala

⁸⁵ FD6 de la sentencia del juzgado mercantil 1 de Oviedo de 12/4/21 (ES:JMO:2021:3265): «No hay el más mínimo indicio de que los datos hayan sido manipulados ad hoc para estas reclamaciones judiciales o lo fueran ya desde 1999 ad cautelam, para el caso hipotético de que el cartel se descubriera y hubiera que diseñar una estrategia defensiva en un futuro. La manipulación de esos datos no resulta creíble; son tantas las variantes que han examinado los peritos y tan difícil prever como un posible falseamiento repercutiría en un estudio econométrico, que no podemos siquiera concebir que los datos (que se cuentan por centenares de miles) hayan sido manipulados por el fabricante (ni ex ante, ni ex post), básicamente porque un profano no sabría como alterar los datos para obtener el resultado econométrico perseguido; como tampoco es posible concebir que la alteración proceda de los peritos, que han prestado juramento o promesa en los términos exigidos por la LEC». Véase, en tal sentido, también ¶67 de las sentencias del BGH alemán de 12/4/21 (KZR 19/20, *Lkw kartel II*, DE:BGH:2021:130421UKZR19.20.0) y de 13/4/21 (KZR 20/20, DE:BGH:2021:130421UKZR20.20.0).

⁸⁶ ¶¶84 y 93 de la sentencia del juzgado mercantil 1 de Santander de 11/5/21 (ES:JMS:2021:6295).

⁸⁷ Véanse COMPETITION & MARKETS AUTHORITY (2014), 4.17 y 4.18 y GUENSTER (2013).

que habrían dado lugar a costes de producción más bajos. Cuando haya indicios de tales situaciones, puede ser adecuado hacer ajustes a los datos de costes observados del infractor o infractores [...]»⁸⁸.

A la vista de lo anterior, si la «vida tranquila»⁸⁹ que los fabricantes de camiones cartelizados se procuraron durante la larga vigencia del cártel (recuérdese que cubría a casi todo el mercado de los camiones medios y pesados y treinta países europeos) supuso su mayor ineficiencia en la producción y en sus incentivos a la innovación (i.e. mayores costes), construir un modelo que demuestre la inexistencia de sobrecoste a partir de ellos no es plausible. En su caso, sería aconsejable el recurso a variables de costes objetivas de los factores empleados en la fabricación de camiones respecto de las que no exista duda de que vieran afectadas por el cártel.

VII. CONCLUSIONES

Es obvio que el éxito de las acciones consecutivas de indemnización de los daños y perjuicios causados cárteles requiere la constatación de la existencia de un daño indemnizable que emane de la infracción. El daño causado por los cárteles suele consistir en el sobreprecio pagado por los bienes o servicios cartelizados y es de carácter global y difuso, propagándose por todo el mercado, ello hace que se establezca la responsabilidad conjunta y solidaria de las empresas participantes. Aunque corresponde al demandante acreditar la realidad y cuantificación del perjuicio sufrido, los perjudicados se benefician de una presunción *iuris tantum* de que los cárteles causan daños y también de que los tribunales puedan estimar el importe de la indemnización en caso de que el informe en que se basa la cuantificación que solicitan no resulte convincente. En la práctica, el razonamiento presuntivo se asienta necesariamente en un análisis de las circunstancias de cada cártel a través del cual el juez adopta una posición/teoría del daño. En muchos casos, la decisión previa de la autoridad de competencia incorporará pruebas o indicios suficientes de los que valerse para la construcción y aplicación de la presunción del daño. Aún así, no puede ignorarse que los estudios empíricos ponen de relieve que un porcentaje reducido de cárteles no causan daño (7%) y que la doctrina económica proporciona algunas hipótesis de cuando eso puede ocurrir. En tales circunstancias, el respeto del derecho de defensa de los demandados requiere permitirles que su cuantificación alternativa incluya la negación del sobrecoste. En su caso, este ejercicio debe partir de datos de precios objetivos y de mercado (no «precios de transferencia» internos de la empresa) y deben excluirse variables que pudieran estar afectados por la infracción (v. gr., «costes de producción» internos de la empresa participante en el cártel).

⁸⁸ COMISIÓN EUROPEA (2013), pág. 110. Esta afirmación se realiza en otro contexto (los métodos de cuantificación basados en costes financieros) pero lo que afirma tiene aplicación en un modelo que se nutra de esos costes internos del cartelista para demostrar un sobrecoste cero.

⁸⁹ Recuérdese la famosa cita del premio Nobel Hicks (1935), pág. 8 («*The best of all monopoly profits is a quiet life*»).

BIBLIOGRAFÍA

- BESANKO, David, SPULBER, Daniel F. (1989) «Antitrust Enforcement Under Asymmetric Information» *The Economic Journal* 99/96, págs. 408-425.
- CARRILLO, Paula (2016) «Responsabilidad civil derivada de prácticas anticompetitivas: Estudio de sus presupuestos axiológicos» *Revista de Derecho Privado* 56, págs. 1-30.
- CLARK, Emily, SANDER, Ruth (2015) «Navigating the Quantum Minefield in Cartel Damages Cases» *Journal of European Competition Law & Practice* 6/3, págs. 153-167.
- COMISIÓN EUROPEA (2013) *Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión Guía Práctica cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o102 del TFUE*.
- COMPETITION & MARKETS AUTHORITY (2015) *Productivity and Competition. A Summary of the evidence*, 9 Julio 2015, CMA45.
- GAL, Michal, DAHAN, Rivi (2019) «Legal Obstacles to Private Enforcement of Competition Law» *Market & Competition Law Review* 3/2 (Oct.) págs. 146-147.
- GARNICA, Juan F. (2007) «La prueba del lucro cesante» *Revista de Responsabilidad civil y seguro* 21, págs. 45-64.
- GUENSTER, Andrea (2013) «Do cartels undermine economic efficiency?» *35th DRUID Celebration Conference 2013*, Barcelona.
- HARRINGTON, Joseph E., SCHINKEL, Marteen Pieter (2020) *The Collusion on Gross List Prices by the European Trucks Cartel and its Effect on Net Retail Prices*.
- HARRINGTON, Joseph E. Jr., YE, Lixin (2017) «Coordination on List Prices and Collusion in Negotiated Prices» *Working Paper* 30/6/17.
- HICKS, John R. (1935) «Annual survey of economic theory: The theory of monopoly» *Econometrica* 3/1, págs. 1-20.
- HUGHES, Mat, NG, Cherryll (2015) «A Practical Guide to Estimating Cartel Damages: Recipe Books v Menus» *GCR-European Antitrust Review* 2015, págs. 9-14.
- HÜSCHEL RATH, Kai, PEYER, Sebastian (2013) «Public and Private Enforcement of Competition Law. A differentiated approach» *World Competition* 36/4, págs. 585-614
- IACOVIDES, Marios (2019) «Article 17(3) of the Damages Directive and the Interaction between the Swedish Competition Authority and Swedish Courts» en BASTIDAS, V., IACOVIDES, M. y STRAND, M. (ed) *EU Competition Litigation: Transposition and first experiences of the new regime*, págs. 215-234.
- MARIOS IACOVIDES (2016) «The Presumption and Quantification of Harm in the Directive and the Practical Guide» en MARIA BERSLSTRÖM, MARIOS IACOVIDES y MAGNUS STRAND (ed) *Harmonising EU Competition Litigation. The New Directive and Beyond*, págs. 295-313.
- LEVENSTEIN, Margaret C., SUSLOW, Valerie Y. (2014) «How Do Cartels Use Vertical Restraints? Reflections on Bork's *The Antitrust Paradox*» *Journal of Law & Economics* 57/1 S3, págs. S33-S50.
- LÓPEZ, Fernando (2018) *La responsabilidad civil por daños a la libre competencia*, 2018.
- MAIER-RIGAUD, Frank P., MILDE, Christopher, HELM, Moritz (2015) «Textbook Cartels versus the Real Deal: Should We Be Surprised if Some Cartels Do Not Lead to Damage?» *Working paper SSRN* 14/3/15.
- MARCOS, Francisco (2021B) «El efecto «marea» del cártel de fabricantes de camiones» *Almacén de Derecho* 1/6/21.
- (2021A) «Primeras sentencias de las Audiencias provinciales sobre los daños causados por el cártel de fabricantes de camiones» *RDCDC* 26.
- (2020) «La Decisión Scania sobre el cártel de los fabricantes de camiones», *Diario La Ley* 9714.

- s(2018) «El cálculo de los daños causados por el cártel de los fabricantes camiones» *Almacén de Derecho* 11/7/18.
- (2014) Compensación de daños provocados por el cártel de azúcar» *Anuario de la Competencia* 2014, págs. 185-215.
- MARTÍ, Jaume (2019) «Comentario al art. 73 LDC» en JUAN I. RUIZ (dir) Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de la competencia, págs. 167-186.
- (2017) «Acciones de daños por infracción del derecho de la competencia: responsabilidad conjunta y prescripción», *Actas de Derecho industrial y Derecho de autor* 37, págs. 29-54.
- MARTORELL, Purificación (2019) «Culpabilidad y daños: cuantificación y reparación integral» en CGAE (coord.) *Acciones Follow on. Reclamación de daños por infracciones del Derecho de la Competencia*, págs. 77-106.
- OLMEDO, Eugenio (2014) «Daños derivados de la subida de precios bajo el paraguas de un cártel ('umbrella pricing'): una lectura jurídica del nuevo paso en la aplicación privada del Derecho de la competencia» *La Ley mercantil* 7.
- OTTO, Jannik (2020) «Die Betroffenheit nach dem Schienenkartell II-Urteil des BGH» *Wirtschaft und Wettbewerb* 70/10, págs. 519-525.
- OXERA (2009) *Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts, Study prepared for the European Commission*, Diciembre 2009.
- PASTOR, Eduardo (2019) «Follow on: España busca un nuevo modelo de juez» en BEN-NACHIO, G., CARPAGNANO, M. (ed.), *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione Europea: Scenari Applicativi e le prospettive*, págs. 69-96.
- (2018) «Jueces de competencia» *Almacén de Derecho* 23/11/18.
- RITZ, Christian, MARX, Carolin, SOLZBACH, Judith (2019) «Abschied vom Anscheinsbeweis» *Wirtschaft und Wettbewerb* 69/2, págs. 91-98.
- ROY, Cristina (2020) «Artículo 73 de la Ley de Defensa de la Competencia» en GÓMEZ, S. (dir) *Resarcimiento de daños por infracción de las normas concurrenciales en el Real Decreto-Ley 9/2017 de transposición de Directiva 2014/104/UE*, págs. 29-34.
- SANCHO, Ignacio (2019) «El efecto vinculante de las decisiones de las autoridades nacionales de la competencia» en CGAE (coord), *Acciones Follow on. Reclamaciones de daños por infracciones del Derecho de la Competencia*, págs. 107-126.
- SARAZÁ, Rafael (2020) «Indemnizaciones por daños y perjuicios en materia de defensa de la competencia», en HERRADOR, M.J. (coord), *Derecho de daños 2020*, págs. 167-197.