



# JDO. DE LO MERCANTIL N. 1 OVIEDO

SENTENCIA: 00035/2021

C/ LLAMAQUIQUE S/N

**Teléfono:** 985-24-57-33 **Fax:** 985-23-39-59

**Correo electrónico:**

Equipo/usuario: MOM

Modelo: N04390

**N.I.G.:** 33044 47 1 2019 0000484

**ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000245 /2019-B**

Procedimiento origen: /

**Sobre OTRAS MATERIAS**

DEMANDANTE , DEMANDANTE

[REDACTED]

Procurador/a Sr/a. EVA CORTADI PEREZ,

Abogado/a Sr/a. JAIME CONCHEIRO FERNANDEZ,

DEMANDADO D/ña. DAIMLER AG

Procurador/a Sr/a. MARIA ANGELES PEREZ-PEÑA DEL LLANO

Abogado/a Sr/a. PAUL ANTHONY HITCHINGS

## SENTENCIA

En Oviedo, a 12 de abril de 2021, el Ilmo. Sr. D. Alfonso Muñoz Paredes, Magistrado del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo, ha visto los autos de Juicio Ordinario



seguidos ante este Juzgado con el número de registro 245/2019, promovidos, en ejercicio de acción de responsabilidad extracontractual por [REDACTED], que comparecieron representados por la Procuradora Sra. Cortadi Pérez y bajo la asistencia letrada del Sr. Concheiro Fernández, contra DAIMLER AG, que compareció representada por la Procuradora Sra. Pérez Peña del Llano y asistida de la Letrada Sra. Pérez Carrillo.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- [REDACTED]

interpusieron demanda de juicio ordinario contra DAIMLER AG en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimaron aplicables, terminaron suplicando que se dictara sentencia por la que:

#### 1. Con carácter principal:

1.1. Se declare que la demandada es responsable de los daños objeto de reclamación que ascienden a [REDACTED] sufridos por mis mandantes, como consecuencia de la infracción del Derecho de la Competencia.

1.2. Se condene a la demandada al pago de las cantidades señaladas así como, en caso de proceder, al pago de los intereses legales devengados desde la fecha desde la interposición de la demanda y, subsidiariamente, desde la sentencia.

#### 2. Con carácter subsidiario, en caso de no atender a la anterior petición:

2.1. Se declare que la demandada es responsable de los daños que resulten acreditados tras las pruebas periciales practicadas, como consecuencia de la infracción del Derecho de la Competencia.



2.2. Se condene a la demandada al pago de las cantidades que se deriven de la prueba practicada así como, en caso de proceder, al pago de los intereses legales devengados desde la fecha desde la interposición de la demanda y, subsidiariamente, desde la sentencia.

3. Y se condene a los demandados al abono de las costas causadas.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada para contestación, lo que verificó oponiéndose.

**TERCERO.-** Se ha acordado la tramitación coordinada de los procedimientos nº 130, 184, 245, 268, 276 y 396, todos ellos de 2019.

Convocadas las partes a la audiencia previa, se ratificaron en sus respectivas alegaciones y pedimentos, interesando el recibimiento del pleito a prueba.

Convocadas las partes a juicio (celebrado en dos sesiones los días 8 y 24 de marzo de 2021), se practicaron las pruebas propuestas y admitidas, con el resultado que obra en autos, quedando vistos para sentencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** *Posiciones de las partes.*

Los actores ejercitan una acción de indemnización de daños y perjuicios derivados de responsabilidad extracontractual (art. 1902 del Código Civil). Se trata, en concreto, de una acción *follow on*, en cuanto que consecutiva a la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016, relativa a un procedimiento en virtud del art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la





Unión Europea y del art. 53 de Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (en adelante, la Decisión).

La Decisión, solo disponible en su versión provisional y no confidencial, y cuyo texto en lengua inglesa es el único auténtico, impone a determinadas entidades, entre ellas la demandada, el pago de importantes sanciones económicas “[b]y colluding on pricing and gross price increases in the EEA for medium and heavy trucks; and the timing and the passing on of costs for the introduction of emission technologies for medium and heavy trucks required by EURO 3 to 6 standards (...)”.

La parte actora sostiene que la Decisión sanciona, entre otras conductas anticompetitivas, la fijación (“pricing”, según su traducción) e incremento (“increase”) de los precios brutos (“gross price”) en camiones a partir de 6 Tm, lo que necesariamente se proyectó sobre los precios netos, que es lo que constituye el objeto único de su reclamación, dejando al margen los posibles efectos de las otras conductas apreciadas por la Comisión.

Para calcular el sobreprecio abonado, y dentro de los métodos ofrecidos por la Guía Práctica de la Comisión para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del TFUE, opta en su dictamen pericial por un doble método; como principal, un sincrónico comparativo que toma como mercados comparables o contrafactuales no cartelizados el de camiones ligeros (primer nivel de analogía) y el de furgonetas (segundo nivel); y, como apoyo o contraste, un diacrónico comparativo temporal entre el período cartelizado (que divide en dos mitades) y el poscártel. Al dictamen pericial presentado por los reclamantes lo denominaremos, en lo sucesivo, “dictamen Caballer-Herrerías”, en referencia a los líderes de los dos equipos de expertos que tomaron parte en su elaboración.

El método sincrónico arroja un sobreprecio medio de 16’35% cuando el mercado comparable es el camiones ligeros y de 19’87% en el caso de las furgonetas, optando por el cálculo de sobreprecio más prudente. El diacrónico ofrece un sobreprecio medio de 13’85% para la primera mitad del cártel (1997-2003) y de 23’46% para la segunda (2004-2010), para una media de ambos valores de 18’67%.



Para el cálculo del sobreprecio en el método principal el dictamen Caballer-Herrerías parte de los precios brutos publicados por la revista *Transporte Profesional* de la Confederación Española de Transportes de Mercancías (CETM). La idea en que descansa el dictamen es que el incremento en los precios brutos se ha trasladado íntegramente a los precios netos pagados por el cliente final, ante la imposibilidad de su absorción por concesionarios y distribuidores, que dispondrían de un margen mínimo.

Los vehículos incluidos en la presente reclamación son:

- 1.- Por [REDACTED], matrículas [REDACTED] y [REDACTED], ambos objeto de contrato de *leasing* de fecha respectiva 9 de abril de 1997 y 22 de febrero de 2001, por importes, también respectivos, de [REDACTED] y [REDACTED].
- 2.- Por [REDACTED], matrícula [REDACTED], adquirido por compra directa el 13 de mayo de 2010, por [REDACTED].

DAIMLER se opone a la pretensión de indemnización aduciendo, en síntesis, que:

i.- La Comisión no ha sancionado un cártel duro o *hardcore* de fijación de precios, sino fundamentalmente de intercambio de información, que afectó, además, a los precios brutos y no a los netos, que son los que paga el cliente tras un proceso de negociación con el concesionario;

ii.- Como la Decisión no se pronunció sobre los efectos en el mercado de la conducta y no determinó la existencia de una coordinación efectiva de precios (ni brutos, ni mucho menos netos) o de un sobreprecio, la demandante tiene la carga de probar la existencia del daño, su importe, y su relación causal con la conducta, lo que estima no ha hecho.

DAIMLER aporta un dictamen pericial elaborado por E.CA Economics que, amén de rebatir el dictamen Caballer-Herrerías, concluye la inexistencia de sobreprecio, empleando para ello un método diacrónico de comparación temporal que toma como base los precios de

transacción, esto es, los precios netos pagados en España a DAIMLER por los concesionarios (propios o ajenos) de 1999 a 2016, en el entendimiento de que si no se aprecia sobreprecio en este estadio -*aguas arriba*- no puede existir para el cliente final -*aguas abajo*-, lo cual es evidente.

Y en cuanto a los motivos de oposición relativos a la concreta reclamación, alega que:

a.- El [REDACTED] no acredita debidamente el precio del vehículo con número de matrícula [REDACTED].

b.- El [REDACTED] calcula el supuesto sobrecoste sobre un precio superior al que realmente pago por el vehículo con matrícula [REDACTED], pues se le aplicó un descuento de [REDACTED] por entrega a cambio un camión con matrícula [REDACTED]. En consecuencia, el precio que realmente abonó por el camión (sin impuesto), cifra que sería la base para calcular el supuesto sobreprecio, es de [REDACTED].

c.- La parte demandante revendió los vehículos con número de matrícula [REDACTED], [REDACTED] y [REDACTED], lo que habría mitigado el impacto de cualquier daño alegado.

d.- En los vehículos adquiridos por *leasing* únicamente se podría reclamar el hipotético incremento experimentado por el precio de las cuotas abonadas.

Por último se alega la prescripción de la acción por transcurso del plazo de un año del art. 1968.2 CC, tomando como *dies a quo* el 19 de julio de 2016, fecha del Comunicado de prensa de la Comisión.

A este respecto, compartimos el criterio de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Asturias de fijar como día inicial el 6 de abril de 2017, fecha de publicación de la Decisión, por lo que acreditada la interrupción por reclamaciones extrajudiciales de 5 y 6 de abril de 2018 y 15 de marzo y 5 de junio de 2019, la acción sigue viva.

## SEGUNDO.- *Marco normativo aplicable.*

La acción de responsabilidad extracontractual ejercitada lo es al amparo del art. 1902 del Código Civil, atendida la fecha de eventual producción del daño, identificada con la fecha de adquisición de los camiones.

No resulta aplicable la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014 (cuyo art. 22 prohíbe su aplicación retroactiva, *vid.* en este sentido STJUE de 28 de marzo de 2019, as. C-637/17, *Cogeco Communications*), ni tampoco el resultado de su transposición para España (modificación de la Ley de Defensa de la Competencia por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo), salvo, claro está, en la parte de este último que, por afectar a normas puramente procesales [art. Cuarto, “Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, introducción de los arts. 283 *bis* a)-k)], se rigen por el tiempo de interposición de la demanda y no de la causación del daño.

Por tanto, no es aplicable la redacción vigente de los arts. 71 y ss. de la Ley de Defensa de la Competencia y, en particular, el plazo de prescripción quinquenal (art. 74), la presunción *iuris tantum* de daño en las infracciones calificadas como cártel (art. 76.3) o la facultad de estimación judicial del daño, cuando se “*se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios pero resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlos con precisión en base a las pruebas disponibles*” (art. 76.2).

No obstante, la Directiva no tiene un contenido completamente innovador. Su Considerando 12 señala que, antes al contrario, “*confirma el acervo comunitario sobre el derecho a resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por infracciones del Derecho de la competencia de la Unión, especialmente en relación con la legitimación y la definición de daños y perjuicios, de la forma establecida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*”.

La STJUE de 28 de marzo de 2019, antes citada, hace acopio de esa jurisprudencia:

38 *A este respecto, procede recordar que el artículo 102 TFUE produce efectos directos en las relaciones entre particulares y crea derechos en favor de los justiciables que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de junio de 2014, Kone y otros, C-557/12, EU:C:2014:1317, apartado 20 y jurisprudencia citada).*

- 39 *La plena eficacia del artículo 102 TFUE y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en ese artículo se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un comportamiento abusivo de una empresa dominante que pueda restringir o falsear el juego de la competencia (véase, por analogía, la sentencia de 5 de junio de 2014, Kone y otros, C-557/12, EU:C:2014:1317, apartado 21 y jurisprudencia citada).*
- 40 *Así, cualquier persona tiene derecho a solicitar la reparación del daño sufrido cuando exista una relación de causalidad entre dicho daño y el acuerdo o la práctica prohibidos por el artículo 102 TFUE (véase, por analogía, la sentencia de 5 de junio de 2014, Kone y otros, C-557/12, EU:C:2014:1317, apartado 22 y jurisprudencia citada).*
- 41 *El derecho de cualquier persona a solicitar la reparación de tal daño refuerza, en efecto, la operatividad de las normas de competencia de la Unión y puede desalentar los abusos de posición dominante que puedan restringir o falsear el juego de la competencia, de modo que contribuye al mantenimiento de una competencia efectiva en la Unión Europea (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de junio de 2014, Kone y otros, C-557/12, EU:C:2014:1317, apartado 23 y jurisprudencia citada).*
- 42 *Ante la inexistencia de una normativa de la Unión en la materia, aplicable ratione temporis, 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 abuso de posición dominante prohibido por el artículo 102 TFUE, incluyendo las relativas a los plazos de prescripción, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad (véase, por analogía, la sentencia de 5 de junio de 2014, Kone y otros, C-557/12, EU:C:2014:1317, apartado 24).*
- 43 *Así, las normas aplicables a los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el efecto directo del Derecho de la Unión confiere a los justiciables no deben ser menos favorables que las relativas a recursos similares de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni deben hacer prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión*

(principio de efectividad) (sentencia de 5 de junio de 2014, *Kone y otros*, C-557/12, EU:C:2014:1317, apartado 25).

44 A este respecto, y específicamente en el ámbito del Derecho de la competencia, estas normas no deben menoscabar la aplicación efectiva del artículo 102 TFUE (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de junio de 2014, *Kone y otros*, C-557/12, EU:C:2014:1317, apartado 26).

Finalmente, la Guía Práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los arts. 101 o 102 del TFUE (que acompaña a la Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de dichos preceptos) reitera que el derecho de cualquier persona que haya sido perjudicada por una infracción de los artículos 101 o 102 a obtener reparación por ese perjuicio está garantizado por el Derecho Primario de la UE, con cita, a pie de página (1), de la jurisprudencia relevante (Asunto C-453/99, *Courage*; acumulados C-295/04 a 298/04, *Manfredi*; C-360/09, *Pfleiderer*).

En el derecho comparado de los Estados miembros, anterior a la Directiva, ya era común recurrir a las presunciones o máximas de experiencia que vinculan causalmente la existencia de un cártel (singularmente los *hardcore* de fijación de precios) con la producción de un daño. Ante las dificultades intrínsecas y extrínsecas que plantea la prueba del daño y su cuantificación, es habitual en materia de cárteles el recurso a presunciones (legales o judiciales) o máximas de experiencia. La Guía Práctica reconoce que los legisladores y los órganos jurisdiccionales han adoptado a menudo planteamientos pragmáticos a la hora de determinar el importe que se concederá por daños y perjuicios, como, por ejemplo, el establecimiento de presunciones o la inversión de la carga de la prueba cuando el reclamante ha aportado cierta cantidad de hechos y pruebas.

El BGH, en su reciente sentencia de 23 de septiembre de 2020 (KZR 35/2019), dictada precisamente sobre el caso el cártel que nos ocupa, hace un repaso de su jurisprudencia. La sentencia no aplica la Directiva sino la versión de la ley alemana de defensa de la

competencia [*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB)] vigente en el momento de la entrega (*cf.* párrafo 16), que era la resultante de la reforma de 2005 (7. *Novelle*), que establecía una vinculación fáctica del juez a la decisión sancionadora, vinculación que solo alcanzaba a la determinación de la infracción, con exclusión de la causalidad del daño y su cuantificación, que quedaban en todo caso sujetas a la libre valoración de la prueba. Así lo explica el memorándum del Proyecto de Ley (§33, “*Zu Absatz 4*”, p. 54, primer párrafo *in fine*), de 12 de agosto de 2004 [citado por la sentencia de 23 de septiembre de 2020 (24)]:

*“Die Tatbestandswirkung bezieht sich allein auf die Feststellung eines Kartellrechtsverstößes. Alle weiteren Fragen, insbesondere zur Schadenskausalität und zur Schadensbeziehung, unterliegen der freien Beweiswürdigung des Gerichts”.*

Pese a ello, el BGH (párrafo 40) recuerda que es jurisprudencia consolidada que, en beneficio del comprador de una empresa participante en una infracción de normas de defensa de la competencia, existe una presunción fáctica de que los precios alcanzados en el contexto de la práctica restrictiva son, de media, más elevados que los que se habrían alcanzado en su ausencia, presunción que se basa en la elevada probabilidad de que se produzca ese hecho, con base en la experiencia económica.

En Italia es clásica la cita de la sentencia de la *Corte di Cassazione* (Civile) de 2 de febrero de 2007, n. 2305, as. *Fondiaría Sai SpA v. Nigriello*, que por la similitud idiomática transcribimos de forma directa:

*“[I]l giudice potrà desumere l’esistenza del nesso causale tra quest’ultima et il danno lamentato anche attraverso criteri di alta probabilità logica e presunzioni, senza tuttavia omettere una valutazione degli elementi di prova offerti dall’assicuratore, tendenti a superare dette presunzioni o a dimostrare l’intervento di fattori causali diversi, idonei di per sé a produrre il danno o che abbiano, comunque, concorso a produrlo”.*

Y concluye que a fin de liquidar el daño “*il giudice può determinare equitativamente l’importo del risarcimento, fissandolo in una percentuale (...)*”.

La *Cour d’Appel de Paris*, en *Arrêt* de 26 de junio de 2023 (*JCB Sales et al. v. SA Central Parts*, confirmado por *Cass. Comm.* de 6 de octubre de 2015), resolviendo una acción

consecutiva a una Decisión sancionadora de la Comisión al amparo del antiguo art. 81 TCE, concluye que el daño ha sido necesariamente causado por la prácticas concurrenciales (“...*ont nécessairement causé...*”), si bien, ante la insuficiencia de elementos de que dispone para cifrarlo, recurre al nombramiento de un experto que le auxilie.

En Bélgica, la *Cour de Cassation*, en *Arrêt* de 13 de enero de 1999, valida una estimación *ex aequo et bono*:

*“Attendu que le juge du fond apprécie en fait l'existence d'un dommage causé par un acte illicite et le montant destiné à le réparer intégralement; qu'il peut recourir à une évaluation ex aequo et bono s'il indique la raison pour laquelle le mode de calcul proposé par la victime ne peut être admis, et constate en outre l'impossibilité de déterminer autrement le dommage tel qu'il l'a caractérisé (...).*”

La legislación húngara de competencia previa a la Directiva aún iba más allá, pues con la reforma de 2009 no solo estableció -con carácter retroactivo- [antes art. 88/C, hoy art. 88/G (6)] una presunción refutable de sobreprecio (que no de daño, por el posible *passing-on*), sino que la fijó cuantitativamente en un 10% [transcribimos a continuación la versión en inglés, disponible en la página web de la Autoridad Húngara de la Competencia (GVH)]:

*“(6) In the event of a competition law infringement caused by a cartel, it shall be assumed, unless proved otherwise, that the competition law infringement had a ten percent effect on the price applied by the infringer”.*

Y la estimación judicial tampoco resulta ajena al texto magiar, pues para el caso de que se recurra a la defensa del *passing-on* y el demandado logre acreditar su existencia, pero no su extensión, será el órgano judicial quien proceda a su fijación [art. 88/G (2) *in fine*]:

*“If the extent of the passing-on cannot be established, the court shall determine its level by using an estimate, having assessed all the circumstances of the case”.*

La dificultad para el demandante de acreditar la relación de causalidad y cuantificar el daño conforme a las reglas del derecho común de la responsabilidad extracontractual, unida a la existencia de diversos estudios que concluyen que los cárteles, en una elevada probabilidad, implican un incremento de los precios, están en la base de esta corriente legal y jurisprudencial, a la que no resulta ajena la experiencia patria.

En efecto, la evolución doctrinal y jurisprudencial del art. 1902 del Código Civil, fundamentalmente en lo relativo a prueba de la relación de causalidad y la certeza del daño (referida la certeza tanto a su misma existencia como a su cuantía), y la positivización de la regla de la disponibilidad y facilidad probatoria (art. 217.7 LEC) acercan el régimen nacional y comunitario, previo y posterior a la Directiva, sin llegar a identificarse. Del “todo o nada” del juicio clásico de causalidad se ha pasado, en sectores específicos del derecho de daños, a criterios de causalidad probabilística.

Asimismo es frecuente en nuestra jurisprudencia el recurso a la doctrina “in re ipsa loquitur” cuando se enfrenta a la prueba del daño ocasionado por la infracción de derechos de propiedad industrial o la comisión de actos de competencia desleal. La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2019 resume la doctrina de la Sala:

i.- *"[L]a doctrina general de esta Sala en materia de resarcimiento de daños y perjuicios es la de que no se presumen sino que deben acreditarse por quien los reclama, tanto la existencia como su importe (...). Esta doctrina, pacífica y reiterada, tiene una excepción en la propia jurisprudencia, la cual estima correcta la presunción de existencia del daño (aparte, claro ésta, cuando haya una norma legal específica) cuando se produce una situación en que los daños y perjuicios se revelan como reales y efectivos. Se trata de supuestos en que la existencia del daño se deduce necesaria y fatalmente del ilícito o del incumplimiento, o son consecuencia forzosa, natural e inevitable, o daños incontrovertibles, evidentes o patentes, según las diversas dicciones utilizadas. Se produce una situación en que "habla la cosa misma" ("ex re ipsa"), de modo que no hace falta prueba, porque la realidad actúa incontestablemente por ella".*

ii.- *“Pero (...) una cosa es que la situación del caso revele la existencia del daño sin necesidad de tener que fundamentarla en un medio de prueba, y otra distinta que haya una*

*presunción legal que excluya en todo caso la necesidad de la prueba". Y, en última instancia (...) "la apreciación de aquella situación forma parte de la función soberana de los tribunales que conocen en instancia".*

Y en relación con la indemnización mínima del 1% de la legislación marcaria, aclara que esta regla “no por ello puede interpretarse en el sentido de que se tenga derecho a una indemnización incluso en los casos en que se haya constatado que la infracción no pudo ocasionar "perjuicio" alguno al titular de la marca. Exige como presupuesto previo la existencia del "perjuicio", con independencia de su entidad.

*Como se ha apuntado en la doctrina, esta regla no altera la naturaleza resarcitoria de la acción de indemnización de daños y perjuicios, que presupone la existencia de estos. No introduce una suerte de sanción por la infracción, en beneficio del titular de la marca infringida, sino que la ratio de la norma es facilitar la cuantificación de la indemnización: en todo caso el 1% de la cifra de negocios realizada por el infractor con los productos o servicios ilícitamente marcados”.*

La STS de 7 de noviembre de 2013, dictada en relación al conocido como “cártel del azúcar”, reconoce la mayor flexibilidad en la estimación de los perjuicios por el juez, sin que pueda llegar a confundirse con la imposición de soluciones "salomónicas" carentes de la necesaria justificación.

### **TERCERO.- La conducta. Su descripción en la Decisión.**

La acción del art. 1902 del Código Civil exige la concurrencia de tres presupuestos, conducta (aquí, la infracción), relación de causalidad y daño. Las partes, como hemos anticipado de forma resumida, discrepan en todas ellas, pues hacen lecturas muy distintas de la Decisión, cuyo contenido tiene carácter vinculante (art. 16.1 del Reglamento 1/2003).

Interpretar la Decisión no es una tarea sencilla, por motivos varios:

a.- Es provisional. Se presume, por tanto, menos depurada en su redacción que una versión definitiva.

b.- Solo disponemos de la versión no confidencial. El texto está mutilado, lo que dificulta en ocasiones el seguimiento y la comprensión.

c.- La única versión auténtica es la inglesa. Cada una de las partes presenta su propia traducción jurada y las diferencias son relevantes.

d.- Es el resultado de un procedimiento transaccional, que principia por el reconocimiento de los destinatarios de su responsabilidad por la infracción, descrita brevemente en cuanto a su objeto, los hechos principales, su calificación legal, incluido su papel y la duración de su participación en la infracción de conformidad con los resultados de las conversaciones con vistas a la transacción (*“an acknowledgement in clear and unequivocal terms of the Addressee's liability for the infringement summarily described as regards its object, the main facts, their legal qualification, including its role and the duration of its participation in the infringement in accordance with the results of the settlement discussions”* [párrafo 43]). La existencia de conformidad excusa a la Comisión de ahondar en la descripción de las conductas. La Decisión relativa a SCANIA (que no se conformó y siguió el procedimiento ordinario) de 27 de septiembre de 2017 es más descriptiva y prolija en detalles, aunque sufre en grado extremo las exigencias de la confidencialidad.

e.- La Comisión, a mayores, para imponer una sanción por conductas contrarias a la competencia no necesita demostrar sus efectos reales.

La Decisión consta de siete apartados principales: 1. Introducción; 2. Procedimiento; 3. Descripción de la conducta; 4. Apreciación Jurídica; 5. Duración de la infracción; 6. Responsabilidad; y 7. Medidas.

En varios de estos apartados contiene referencias a la conducta.

En la Introducción (2), comienza con una primera descripción de los hechos, del producto afectado y de su duración:

*“The infringement consisted of collusive arrangements on pricing and gross price increases in the EEA for medium and heavy trucks; and the timing and the passing on of costs for the introduction of emission technologies for medium and heavy trucks required by EURO 3 to 6 standards. The infringement covered the entire EEA and lasted from 17 January 1997 until 18 January 2011”.*

En el apartado 3.2, *Naturaleza y alcance de la infracción*, la expresión de la conducta es muy similar:

*“These collusive arrangements included agreements and/or concerted practices on pricing and gross price increases in order to align gross prices in the EEA and the timing and the passing on of costs for the introduction of emission technologies required by EURO 3 to 6 standards”.*

El recurso al término *pricing* genera la duda de si estamos ante un cártel *hardcore* de fijación de precios, lo que afirman los reclamantes y niega DAIMLER. Lo cierto es que en la Comisión es más habitual el uso de expresiones como ***price fixing*** (Nota de prensa relativa a la Decisión de 4 de julio de 2019, AT.37956, *Concrete reinforcing bar*, no así en el texto auténtico de la Decisión, en italiano) o ***price coordination*** [Decisión de 29 de septiembre de 2020, AT.40299, *Clousure systems*; Decisión de 5 de marzo de 2019, AT.40481, *Occupant Safety Systems (II)*; Decisión de 21 de febrero de 2018, AT.40113, *Spark Plugs*; Decisión de 22 de noviembre de 2017, AT.39881, *Occupant Safety Systems supplied to Japanese Car Manufacturers*; Decisión de 16 de junio de 2017, AT.39780, *Envelopes*]. Lo mismo sucede en la literatura científica especializada (v. gr. CONNOR, *Price-Fixing Overcharges*, en sus diferentes versiones).

El vocablo *pricing*, por sí mismo, no lleva implícito en el lenguaje de la Comisión una coordinación en los precios. A lo más, la Comisión habla de forma indistinta de *price coordination* y *coordinating their pricing behaviour* (Decisión de 21 de febrero de 2018, AT.40009, *Maritime Car Carriers*).

Mas lo cierto es que la Decisión que nos ocupa no solo habla de *pricing*, sino también de *concerted practices on pricing* (50), *coordinate each other’s gross pricing behaviour* (71) o *price coordination arrangements* (115).

La Decisión (29) refiere que el sector de los camiones se caracteriza por un alto grado de transparencia, debido a que los fabricantes y distribuidores tenían contacto habitual con varias asociaciones de la industria Y en esas asociaciones se intercambiaban información sobre la cartera de pedidos, plazos de entrega o niveles de existencias. Además tenían acceso a información adicional a través de clientes que presentaban espontáneamente las ofertas de la competencia con el fin de negociar precios y por medio de clientes misteriosos. Como consecuencia -prosigue- una de las incertidumbres pendientes para los destinatarios era el futuro comportamiento de mercado de los fabricantes de camiones de la competencia y, en particular, sus respectivas intenciones con respecto a los cambios en sus precios brutos y sus listas de precios brutos.

A tal fin, la Decisión describe:

i.- Intercambios de listas de precios brutos e información sobre precios brutos y, con el tiempo, intercambio de configuradores informáticos de camiones, lo que facilitaba el cálculo del precio bruto de cada configuración posible de camión (46);

ii.- Que al intercambiar los precios brutos corrientes y las listas de precios brutos, junto con otra información obtenida a través de la inteligencia de mercado, podían calcular mejor los precios netos aproximados de su competencia (47);

iii.- Que las centrales de los destinatarios participaron directamente en conversaciones sobre precios, incrementos de precios e introducción de nuevas normas de emisiones (49);

iv.- Que esos acuerdos colusorios incluyeron acuerdos o prácticas concertadas en materia de precios y los aumentos de precios brutos con el fin de alinear los precios brutos en el EEE y el calendario y la repercusión de costes para la introducción de las tecnologías de emisiones exigidas por las Normas EURO 3 a 6 (50).

v.- Que entre 1997 y finales de 2004 se reunieron varias veces al año, y ahí abordaron, y en algunos casos también acordaron, sus respectivos aumentos de precios brutos.

Los intercambios de información sobre precios brutos y, en menor grado, futuros aumentos, aparecen de forma reiterada (51 y ss.). Las alusiones a los precios netos son escasas, tanto en número como en calidad de la información que se nos suministra; así, se dice (50) que puntualmente abordaron los precios netos de algunos países (“[o]ccasionally, the

*participants, including representatives of the Headquarters of all of the Addressees, also discussed net prices for some countries”), que (55) las cuestiones debatidas afectaban normalmente a precios brutos (“normally gross prices”) y que (56) usualmente no se intercambiaban precios netos ni aumentos de precios netos (“and usually no net prices or net price increases were exchanged”).*

Los intercambios -concluye- permitieron cuando menos a los destinatarios tener en cuenta la información intercambiada para su proceso de planificación interna y la planificación de futuros aumentos de precios brutos para el año natural siguiente, además de poder haber influido en el posicionamiento de precios de algunos de los nuevos productos (58).

Es un cártel fundamentalmente de intercambio de información, pero no solo. Hubo un intercambio sistemático de información de precios brutos y de forma habitual se trató (y, más excepcionalmente, se acordó) el aumento de precios brutos. Lo que no dice la Comisión es que esto se haya traducido en un incremento sobre precios netos o que la conducta haya afectado a éstos de forma directa (ni indirecta), lo que ratifica en la Decisión de SCANIA, cuando ante la alegación de ésta de que la estructura de precios hacía inviable la coordinación en materia de precios, aclara (en lo que le permite la confidencialidad [290]) que *“the Commission is not alleging that the parties were agreeing to charge the same prices – either at the gross price level or at the end customer level or anywhere in between. Rather, the Commission concludes on the basis of the evidence gathered during its investigation and presented in section 6.2 that [...] exchanged sensitive pricing information and future pricing intentions, [confidentiality claim pending] [...] [confidentiality claim pending]. Therefore, while the parties did not reach a formal agreement as to actual price levels, the gross price information exchanged together with the other information available to the parties (see recitals (22) to (24) and (287)) [confidentiality claim pending]”*.

La Decisión sí explica (27) el mecanismo de fijación de precios, que- asevera- sigue en general los mismos pasos para todos los destinatarios: a) Parte de un precio de lista bruto inicial establecido por las Centrales; b) Después se fija el precio de transferencia para la importación a través de empresas de distribución propias o independientes; c) El precio al concesionario; d) El precio final al cliente. No siempre -advierte- se siguen todos los pasos, ya

que los fabricantes también venden directamente a concesionarios y clientes de flotas. En todo caso la Decisión deja claro que en ese proceso el precio experimenta una reducción sustancial.

Ello no obstante, no puede obviarse que (i) la introducción de listas de precios para el EEE fue muy variable en el tiempo según la marca [28], (ii) IVECO ni siquiera disponía de una lista de precios bruta, aunque recibió las de los demás, y (iii) de los configuradores tan pronto se dice que contenían los precios brutos detallados de todos los modelos y opciones y sustituyeron a las listas de precios, facilitando el cálculo del precio bruto de cada configuración posible [46] como se reconoce que el intercambio no fue global, ni en lo relativo a los fabricantes (no todos tenían acceso a los configuradores de todos, sino al menos al de otro fabricante, salvo DAF, que parece que no disponía de ninguno) ni en la información proporcionada por el configurador (algunos solo permitían el acceso a información técnica y no incluían información sobre los precios) [48].

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 sobrepeso 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.

La Decisión, a lo más, presume que, por la cuota de mercado y el volumen de negocio, los efectos sobre el mercado son considerables (85). Pero no hemos de confundir el concepto de “efectos para el mercado” con el daño y, menos aún, con el daño individual. La Decisión, al establecer esa presunción, lo hace con expresa remisión (nota 57) a las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los arts. 81 y 82 TCE, de los que los actuales 101 y 102 son herederos. Y lo hace a los meros efectos jurisdiccionales. Las citadas

Directrices tratan de aclarar el concepto mismo de efecto sobre el comercio entre los Estados miembros, como requisito de partida para la aplicación del derecho comunitario; la noción de “pueda afectar” -nos dicen- implica que debe ser posible prever con un grado suficiente de probabilidad, con arreglo a un grupo de factores objetivos de hecho o de derecho, que el acuerdo o práctica puede tener una influencia directa o indirecta, real o potencial, en las corrientes comerciales entre Estados miembros (23), con un impacto, al menos, en dos de ellos (21). Precisamente por el carácter jurisdiccional del concepto, las Directrices (27) aclaran que no hay obligación ni necesidad alguna de calcular el volumen real de la afectación, si bien “[l]a naturaleza del acuerdo y de la práctica constituye un indicio, desde un punto de vista cualitativo, de la posibilidad de que el acuerdo o práctica afecte al comercio entre Estados miembros. Algunos acuerdos y prácticas pueden, por su propia naturaleza, afectar al comercio entre los Estados miembros, mientras que otros requieren un análisis más detallado a este respecto. Los carteles transfronterizos son un ejemplo del primer caso, mientras que las empresas en participación que se limitan al territorio de un único Estado miembro son un ejemplo del segundo” (29).

El concepto de efectos para el mercado es jurisdiccional, no finalístico ni empírico. Una conducta puede tener un efecto sobre el comercio y no necesariamente traducirse en un incremento sobre el precio.

La catalogación del cártel es secundaria. Puede haber cárteles de fijación de precios ineficaces y cárteles de transmisión de información con efecto en el precio. Lo relevante es la prueba que se practique, en especial la de carácter econométrico.

En definitiva, en la captación de hechos de la Decisión y en la formación de la íntima convicción, debemos operar con toda prudencia, examinar las circunstancias de cada caso concreto y evitar (o al menos no priorizar) soluciones globales, de modo que el superado clásico “todo o nada” del juicio causal acabe apareciendo en el juicio de imputación, transformado en un “todos o ninguno”. La solidaridad impropia de la responsabilidad extracontractual no excusa de valorar, siempre que sea posible, la conducta individual, para lo cual es nuclear el contraste entre las periciales de los reclamantes (que parten de datos generales -cesta de marcas-), con las periciales de los destinatarios de la Decisión, que usan como base de datos sus propias transacciones. Luego obvia decir que la solución que se

alcanza puede ser distinta según el fabricante e, incluso, dentro del mismo fabricante, en función de la actividad probatoria o de la fuente de prueba (las versiones de los informes periciales han ido evolucionando).

**CUARTO.- *Orientaciones jurisprudenciales para la prueba y cuantificación del daño: el antecedente del “cártel del azúcar”.***

La experiencia española en las reclamaciones judiciales de daños por cárteles es bastante más reducida que en otros países. Por lo que se refiere al Tribunal Supremo, en su Sala Civil, la cita se agota con las sentencias de 8 de junio de 2012 y 7 de noviembre de 2013, derivadas del llamado cártel del azúcar.

Ambas sentencias traen causa de la Resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 15 de abril de 1999 por la que se declara acreditada la realización de una práctica restrictiva de la competencia consistente en la concertación del precio de venta del azúcar para usos industriales desde febrero de 1995 a septiembre de 1996.

Las mismas compañías que denunciaron la colusión ante el Servicio de Defensa de la Competencia iniciaron, firme la resolución administrativa, la vía civil para el resarcimiento de daños y perjuicios. Así como la STS de 8 de junio de 2012 (as. Acor) no presenta excesivos elementos de interés en lo que se refiere a la prueba y cuantificación del daño, la sentencia de 7 de noviembre de 2013 (as. Ebro Foods) es pródiga en razonamientos, particularmente en cuanto a las exigencias de la prueba pericial y el concepto y prueba del *passing-on*.

Limitándonos ahora a lo afectante a las pruebas periciales, el TS afirma que:

i.- *“El informe pericial aportado con la demanda parte de bases correctas (la existencia del cártel y la fijación concertada de precios por encima de los que hubieran resultado de la libre competencia)”;*

ii.- “[U]tiliza un método razonable, de entre los varios propugnados por la ciencia económica y aceptados por los tribunales de otros países, para el cálculo de los daños causados a los demandantes, como es estimar lo que habría ocurrido de no haberse producido la práctica restrictiva de la competencia examinando el periodo inmediatamente anterior, tomando en consideración los precios del azúcar en ese periodo inmediatamente anterior al inicio de la actividad del cártel, modulándolos de acuerdo con las variaciones de los costes de producción a lo largo del periodo que duró la actuación del cártel (...) y compararlos con los precios cobrados por la demandada a cada demandante durante la actuación del cártel, dividido en los cuatro periodos determinados por las diferentes modificaciones concertadas de precios. El resultado sería el sobreprecio anticompetitivo cobrado (...);”

iii.- “[L]a imposibilidad de realizar una reproducción perfecta de cuál hubiera sido la situación si no se hubiera producido la conducta ilícita, pero eso es un problema común a todas las valoraciones de daños y perjuicios que consisten en proyecciones de lo que habría sucedido si la conducta ilícita no hubiera tenido lugar. Es lo que la propuesta de Directiva llama la comparación entre la situación real, consecuencia de la práctica restrictiva de la competencia, y la "situación hipotética contrafáctica", esto es, la que hubiera acaecido de no producirse la práctica ilícita. Para la propuesta, esta dificultad no debe impedir que las víctimas reciban un importe de indemnización adecuado por el perjuicio sufrido sino que justificaría una mayor amplitud del poder de los jueces para estimar el perjuicio”.

iv.- “Lo exigible al informe pericial que aporte la parte perjudicada es que formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos. La Sala entiende que el informe del perito de las demandantes contiene ambos elementos y que por tanto, a falta de otra hipótesis alternativa que pueda considerarse mejor fundada, la valoración de los daños realizada en dicho informe ha de considerarse razonable y acertada”.

v.- “Frente a este informe pericial, el elaborado por la demandada parte de bases inaceptables, como son las de negar la actuación del cártel, negar las subidas concertadas de precios y negar por tanto la existencia de sobreprecio”.

vi.- *“En un caso como el que es objeto del recurso, en que la demandada ha realizado una conducta ilícita generadora de daños, puede afirmarse con carácter general que no es suficiente que el informe pericial aportado por el responsable del daño se limite a cuestionar la exactitud y precisión de la cuantificación realizada por el informe pericial practicado a instancias del perjudicado sino que es necesario que justifique una cuantificación alternativa mejor fundada (...) Otra solución sería difícilmente compatible con el principio jurídico que impone compensar los daños sufridos por la actuación ilícita de otro y la tutela efectiva que debe otorgarse al derecho del perjudicado a ser indemnizado”.*

vii.- Frente a la decisión del juez de instancia de reducir en un 50% el importe de la indemnización reclamado, la Sala razona que *“[l]a existencia de discrepancias entre los peritos de una y otra parte y la ausencia de una prueba pericial realizada por un perito de designación judicial (...) no son argumentos adecuados para justificar por sí solos tal reducción. Que el cálculo de las indemnizaciones haya de realizarse sobre hipótesis de situaciones fácticas no acaecidas realmente puede justificar una mayor flexibilidad en la estimación de los perjuicios por el juez. Pero no puede confundirse esta mayor flexibilidad con soluciones "salomónicas" carentes de la necesaria justificación”.*

Esta postrera referencia del Alto Tribunal a la carga del cartelista de aportar una *cuantificación alternativa mejor fundada* ha de ser entendida dentro del contexto en que se pronunció: un cártel en que tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia como, en revisión, la jurisdicción contenciosa, dieron por probado un aumento concertado de precios al cliente final (industrial): 4 ptas/kg el 1 de febrero de 1995, otro tanto a partir del mes de abril de ese año y 1 pta/kg el 1 de mayo de 1996. Un supuesto bien distinto al enjuiciado, pues lo que allí era hecho probado, es aquí el principal hecho controvertido. 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.

Siendo esto así, 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. Algo bien diferente de lo que sucede en países con una experiencia judicial más dilatada en reclamaciones de daños por cárteles, en que tanto el “sí” del daño como su importe concreto («sowohl das “Ob” das als auch die konkrete Höhe möglicher Kartellpreiseffekte») dependen de un gran número de factores y no pueden simplemente suponerse haciendo abstracción de los hechos concretos del caso, en particular la situación contrafáctica (en referencia a la jurisprudencia alemana, COPPIK y HEIMESHOFF, *Praxis der Kartellschadensermittlung: Empirische Evidenz zur Effektivität von Kartellen*, *Wirtschaft und Wettbewerb*, nº 11-2020, p. 585).

En otras palabras, la razonabilidad de la alternativa no se debe medir tanto por el resultado, como por el medio seguido para obtenerlo, su base científica y robustez. La alternativa de sobreprecio cero, por sí misma, no es irrazonable ni inasumible (como tampoco lo es el sobreprecio fijado por la actora), sino que, en cuanto sustentada en una prueba pericial, debe someterse a las reglas de la sana crítica y valorarse junto con el resto de material probatorio obrante en autos. No olvidemos que, incluso en el caso de ser de aplicación la presunción de daño de la LDC, la presunción lo es salvo prueba en contrario. Si esto es así con una presunción legal, con mayor razón en una *praesumptio hominis*.

Ello no quiere decir que reclamante y cartelista se hallen en una misma posición probatoria. La Guía Práctica es muy expresiva al respecto:

*i.- “Ante la inexistencia de una normativa de la UE en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer la regulación del ejercicio del derecho a la reparación garantizado por la legislación de la UE. Esta regulación, sin embargo, no debe hacer excesivamente difícil o imposible en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho de la UE (principio de*

*efectividad) ni debe ser menos favorable que las que regulan las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de derechos similares conferidos por el ordenamiento jurídico nacional (principio de equivalencia)”;*

*ii.- “[L]os tribunales nacionales tienen que determinar si el demandante ha sido perjudicado por la infracción y, si ese es el caso, el importe que se le concederá como compensación por ese perjuicio. Determinar esto – evaluar y probar la cuantía en las acciones – suele resultar difícil”;*

*iii.- “[C]orresponde al Derecho nacional regular las modalidades de aplicación del concepto de «relación de causalidad», siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad”;*

*iv.- “Pueden surgir excesivas dificultades para ejercer el derecho a solicitar la reparación de daños y perjuicios garantizada por la legislación de la UE y, por consiguiente, inquietud en cuanto al principio de efectividad, por ejemplo, por los costes desproporcionados o los requisitos excesivamente severos en cuanto al grado de certeza y precisión de una cuantificación del daño sufrido”;*

*v.- “La cuestión clave en la cuantificación de daños y perjuicios por infracciones contrarias a la competencia es, por tanto, determinar qué habría ocurrido probablemente sin la infracción. Esta situación hipotética no puede observarse directamente y, por lo tanto, es necesario algún tipo de estimación para construir un escenario de referencia con el que comparar la situación real. A este escenario de referencia se lo denomina «escenario sin infracción» o «hipótesis de contraste»”.*

*vi.- “Es imposible saber con certeza cómo habría evolucionado exactamente un mercado si no se hubieran infringido los artículos 101 o 102 TFUE. Los precios, los volúmenes de ventas y los márgenes de beneficios dependen de una serie de factores e interacciones complejas, a menudo estratégicas, entre los participantes en el mercado que no es fácil estimar. Así pues, la estimación del hipotético escenario sin infracción se basará, por definición, en una serie de supuestos. En la práctica, la indisponibilidad o la inaccesibilidad de los datos a menudo vendrá a sumarse a esta limitación intrínseca”.*

vii.- *“Por estas razones, la cuantificación del perjuicio en asuntos de competencia está, por su propia naturaleza, sujeta a limitaciones considerables en cuanto al grado de certeza y precisión que puede esperarse. No puede haber un único valor «verdadero» del daño sufrido que pueda determinarse sino únicamente las mejores estimaciones basadas en supuestos y aproximaciones. Las disposiciones jurídicas nacionales aplicables y su interpretación deben reflejar estas limitaciones inherentes en la cuantificación del perjuicio en demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 y 102 TFUE de acuerdo con el principio de efectividad del Derecho de la UE, de manera que el ejercicio del derecho a solicitar daños y perjuicios garantizado por el Tratado no sea excesivamente difícil o imposible en la práctica”.*

Bajo estas premisas debemos encarar el examen y crítica de los dictámenes periciales aportados por las partes.

**QUINTO.- *El dictamen pericial Caballer-Herrerías (versión 2019). Valoración.***

Dentro de los métodos que ofrece la Guía Práctica, el dictamen Caballer-Herrerías opta por los métodos comparativos. Un sincrónico que toma como mercado análogo o contrafactual de primer grado el de camiones ligeros (no afectados por el cártel) y, en segundo grado, el de camionetas, que simplemente se utiliza para confirmar la solvencia y validez del anterior modelo. Y, como método de apoyo, un diacrónico.

Comenzando con el modelo principal sincrónico, aquel que toma como mercado contrafactual el de camiones ligeros, elige como fuente de datos los precios brutos proporcionados por los fabricantes con periodicidad anual a la revista *Transporte Profesional* desde 1996 a 2011. Una base de datos -insiste el perito en la vista- cuya principal virtud es que es completa (se ha publicado año a año), pública (de libre acceso), no manipulable y que viene referida a precios brutos, que son los afectados por la infracción.

El número de referencias (modelos de camiones) para el mercado cartelizado es de 5.843, de un total de 8.260, del que se han descartado: i) 1.414 por no disponer de todas las variantes explicativas elegidas (precio, potencia, marca, MMA y normativa EURO); ii) 781 por pertenecer a SCANIA; y iii) 222 por ser de marcas ajenas al cártel.

El número de referencias para el contrafactual es de 569, de un total de 654, del que se han descartado: i) 68 por no disponer de todas las variables explicativas; y ii) 17 modelos que no tenían continuidad en todos los períodos EURO.

El dictamen parte del principio de que *“en el grado de cumplimiento de las condiciones de similitud, analogía, semejanza o parecido del mercado estimado sin infracción y el mercado real cartelizado se situará la idoneidad de los métodos sincrónicos”* (p. 58). Y tras afirmar que el mercado de camiones ligeros y el de medios y pesados son *“productos muy similares en sus características, en las necesidades que satisfacen y en sus procesos de producción”*, con *“exigencias de emisiones (...) paralelas”* (p. 62), concluye que son mercados analógicos (p. 59), así también el de furgonetas.

Partiendo de tal analogía o comparabilidad entre el mercado cartelizado factual y el contrafactual, se utilizan los precios brutos o de lista, por ser un cártel de precios brutos (p. 62).

El dictamen realiza dos regresiones. Con la primera calcula a través de la ecuación la relación entre el precio bruto de los camiones medios y pesados con ciertas variables explicativas: la potencia, expresada en caballos de vapor; la MMA, expresada en Tm; la marca (DAF, IVECO, MAN, MERCEDES y VOLVO-RENAULT); y la normativa EURO (II a V). Asimismo se introduce la variable “año del cártel”, asignando el “año 1” a 1997, como fecha de inicio del mismo.

Con la segunda regresión se halla la relación en el precio bruto de los camiones ligeros, aunque cambian las variantes explicativas: permanecen potencia y MMA y se prescinde absolutamente de la marca y parcialmente de la Norma EURO (solo la IV y la V), por no resultar coincidentes en ambos mercados.

Tras hallar las ecuaciones del mercado factual y el contrafactual, el dictamen explica que se aplica la fórmula de los camiones ligeros a los datos de los camiones pasados para modelar como se habría comportado el precio de cada camión pesado en ausencia de infracción. Se obtienen, así, dos curvas de precios medios, a las que se aplica un “ajuste”: se modifica la constante en 0’43 a fin de que ambas curvas coincidan en el origen (1996).

La diferencia porcentual entre ambas curvas indica el sobreprecio, que se ha calculado: i) año a año, con un límite mínimo de 3’42% para 1997, como año 1 del cártel, y un máximo de 24’06% en 2009; ii) por media de todos los años, con un 16’35%, que es el que se eleva al suplico.

La misma operativa, *mutatis mutandis*, se lleva a cabo usando como contrafactual el mercado de furgonetas, elevándose aquí el sobreprecio medio al 19’87%.

El dictamen y, con él, la demanda (o a la inversa) trasladan íntegramente el aumento de los precios brutos a los netos, por ser difícil que se haya diluido “aguas abajo”.

El  $R^2$  medio para toda la duración del cártel es de 0’926 para el caso de camiones pesados y de 0’726 para el de ligeros, lo que supone, según el dictamen, que las mismas variables explican en ligeros la variabilidad del precio en pesados en una proporción del 78’45% ( $0’726/0’926$ ).

Como método de apoyo se elige un diacrónico que ya no parte de precios brutos, sino netos, en concreto los procedentes de 5.396 compras individuales de camiones. Los períodos a comparar son tres: primera mitad del cártel (17 de enero de 1997 a 31 de diciembre de 2003), segunda mitad del cártel (1 de enero de 2004 a 18 de enero de 2011) y el poscártel (2011 a 2016).

El resultado de la ecuación de regresión es de 13’87% para la primera mitad del cártel y de 23’46% para la segunda, para una media de 18’67%, superior -pero en la línea- al que arroja el método principal sincrónico.

A los ojos de la Guía Práctica, un método sincrónico como uno diacrónico son aptos, desde un punto de vista abstracto, para calcular un posible sobreprecio [*“Cada uno tiene sus propias ventajas, características e inconvenientes”* (123)]. El dictamen Caballer-Herrerías combina ambos, para dar mayor robustez.

El problema es que esa abstracta aptitud, en el caso concreto no es tal. Ambos modelos, bien que por razones distintas, son inhábiles para superar el estándar probatorio que antes enunciábamos, por relajado que éste sea, sin que ello suponga menoscabar la autoridad de los firmantes.

Comenzando por el método sincrónico, creemos que yerra en la elección del muro de carga sobre el que se apoya toda la estructura de la pericial, que es la elección del mercado de camiones ligeros (y, en segundo grado, de furgonetas) como mercado analógico o contrafactual.

La Guía (37) señala a este respecto que:

i.- *“Características importantes del mercado que pueden desempeñar un papel al considerar si dos mercados son suficientemente similares son el grado de competencia y de concentración de dichos mercados, el coste y las características de la demanda y los obstáculos a la entrada. Depende de los ordenamientos jurídicos nacionales que el nivel de similitud entre el mercado en el que se produce la infracción y el mercado de comparación o entre periodos de tiempo sea considerado suficiente para que los resultados de dicha comparación se utilicen en la cuantificación del perjuicio”* (37);

ii.- *“[E]l producto de comparación deberá ser elegido cuidadosamente teniendo en cuenta la naturaleza de los productos comparados, cómo se comercializan y las características del mercado, por ejemplo en cuanto al número de competidores, su estructura de costes y el poder adquisitivo de los clientes”* (55).

El dictamen parte, como no podía ser de otro modo, de que la *“adecuada elección del mercado de referencia”* (p. 16) es básica para el modelo, lo que se reitera al afirmar que *“en el grado de cumplimiento de las condiciones de similitud, analogía, semejanza o parecido del mercado estimado sin infracción y el mercado real cartelizado se situará la idoneidad de los métodos sincrónicos”* (p. 58).

Y dado que la infracción afectó exclusivamente a camiones medios y pesados, *“pero dejó fuera a los ligeros y a otros vehículos industriales como las furgonetas, estos mercados pueden proveer una referencia comparativa de alta calidad en relación a lo que debió de haber sido un mercado de vehículos industriales en libre competencia”* (p. 16 final y 17). *“Tanto los camiones de mediano tamaño como las furgonetas – nos dice- hacen uso de insumos similares para su fabricación y suplen necesidades de transporte similares en la economía, de modo que parecen estar afectadas variables macroeconómicas de demanda muy afines* (p. 17, párr. 2), lo que se reitera en la p. 62 (*“productos muy similares en sus características, en las necesidades que satisfacen y en sus procesos de producción”*). Esto lleva a los peritos a concluir (p. 17, párr. 2) que entre ambos mercados hay un alto (muy alto en la p. 59) índice de analogía.

En el acto del juicio se trató de reforzar la analogía de los mercados sobre la base de que: (i) comparten categoría administrativa en diversas reglamentaciones (p. ej. la clasificación de vehículos de la UE, que engloba a los camiones de entre 3’5 y 12 Tm en la categoría de “medianos”), (ii) el producto sale de los mismos concesionarios y (iii) las empresas suelen combinar en sus flotas camiones ligeros, medios y pesados, por lo que las variaciones de la demanda son similares, así como los costes (un cambio en el precio del acero, por ejemplo, afectaría por igual a un camión ligero que a uno pesado), quedando reducida la diferencia a una cuestión de escala. Todo este juicio -añadido- de analogía, se resumiría en la máxima *“nada hay más parecido a un camión que otro camión”*.

Pero lo cierto es que el hecho de que -hipotéticamente- no haya un mercado alternativo más análogo no convierte al elegido en adecuado. El propio dictamen ofrece datos que permiten cuestionar la comparabilidad que se proclama. La diferencia en el número de referencias, esto es, de modelos, es muy elocuente, pues el mercado cartelizado multiplica por

diez el de ligeros, lo que viene a reforzar el aserto de la Decisión (26) de que los camiones no son productos básicos, sino que se definen según las necesidades de cada cliente y son inherentemente complejos, de modo que todos los destinatarios ofrecen una gama de camiones y cientos de opciones y variantes diferentes. La enorme diferencia en el número de modelos revela, sin duda, que el mercado de medianos y pesados es (mucho) más versátil y especializado que el de ligeros. La falta de analogía es aún más grosera con el mercado de furgonetas, hasta el punto de que el dictamen (p. 21) reconoce sin ambages que no se recogen las variables “marca” ni “Norma EURO”, por falta de coincidencia. A mayores, el dictamen de E.CA Economics proporciona datos que demuestran que uno y otro mercado difieren significativamente en (i) tipo de cliente, (ii) demanda, (iii) oferta y (iv) normativa de emisiones.

El dictamen, con la prudencia que impone la asimetría de conocimientos entre juez y perito y la extrema complejidad de las periciales, presenta deficiencias insuperables, dicho sea con todo el respeto a los peritos, cuya capacidad sería temerario cuestionar por un profano:

a.- *Omisión de la variable “marca”*. Se prescinde en la ecuación de regresión del contrafactual de la variable “marca”, por no existir exactamente las mismas en camiones medios y pesados. En el juicio el perito trató de explicar que (i) al no coincidir las marcas, si se carga la nube de observaciones de medianos y pesados a la ecuación de ligeros el sistema daría un error, y (ii) siendo la responsabilidad solidaria entre los cartelistas, la marca concreta es irrelevante, hasta el punto de que podrían haber considerado en su informe una marca genérica (“infractor”).

La primera afirmación aparece contradicha por el hecho de que, según reconoce el perito, han conseguido replicar el modelo añadiendo las marcas coincidentes, si bien no procede tener en consideración esta corrección por constituir una ampliación extemporánea de la pericial (documento 10 *bis*). Ello, no obstante, demuestra que no había imposibilidad, sino mera decisión técnica.

El cuanto a la solidaridad como excusa de la omisión, el perito confunde estadios del razonamiento: para que exista solidaridad (que es el *posterius*) tiene que haber un daño (que

es el *prius*), por lo que atenta a la lógica trasladar la solidaridad (la indiferencia de la marca) al cálculo del daño, descartándola como variable explicativa. De hecho, al centrarse en potencia, MMA y Norma EURO (IV y V), el  $R^2$  ajustado (en adelante,  $R^2$ ) apenas supera el 0'50 (*cf.* cuadro 3, p. 74, frente al 0'933 de la regresión de medianos y pesados, *cf.* cuadro 5, p. 78, que sí incluye la marca), lo que en palabras de la pericial de contrario significa que “*sigue sin explicarse el 50% de la variación de los precios de los camiones ligeros*” (p. 117). Añadiendo la “marca” como variante explicativa, el  $R^2$  del modelo de regresión, según el dictamen de E.CA Economics, subiría al 0'778 (*vid.* nota 129, p. 117). En síntesis, las variables elegidas son insuficientes, porque solo consiguen explicar el 50% de la variación en el precio; la omisión de variables explicativas significativas (entre ellas, la marca) supone atribuir a la infracción un efecto sobre el precio que tiene su origen en otros factores.

b.- *Omisión de las variables de costes y demanda.* La Guía, al enunciar los factores a tener en cuenta para valorar la comparabilidad de los mercados, cita expresamente la estructura de costes y el poder adquisitivo de los clientes. El dictamen prescinde de incluir ambas variables. Según explicó el perito en el juicio, los motivos son plurales: (i) un cambio en los costes y/o en la demanda afectan de igual manera a ambos mercados y en el mismo tiempo; (ii) ambas variables tienen sentido en un diacrónico, pero no en un sincrónico; (iii) no se disponía de los costes y, en todo caso, sería una variable endógena.

La explicación de que la afectación de costes y demanda son coincidentes en los dos mercados no solo no goza de soporte probatorio, sino que el dictamen de E.CA Economics acredita lo contrario: tanto el tipo de cliente como la demanda son disímiles.

No se ha acertado a explicar el motivo de que costes y demanda sean relevantes en un diacrónico (en el que sí se han incluido, *cf.* p. 83, a través de los índices “ $IPRI_{EU28}$ ” e “*ind.dem*”) y no en un sincrónico. Admitiendo que así fuere, siendo costes y demanda elementos relevantes para valorar la comparabilidad de los mercados, ello simplemente redundaría en la inidoneidad del método sincrónico.

El carácter endógeno del “coste” como variable tampoco se ha justificado de forma suficiente. Para que dos variables sean endógenas tienen que explicarse o influirse

recíprocamente; así como es lógico que el coste influya en el precio, no acabamos de apreciar cómo el precio puede influir en el coste, al menos en este caso. El razonamiento ofrecido por el perito [REDACTED] en el acto de la vista no resulta en absoluto convincente; nos dice (video nº 4, minuto 18:02) que si se baja el precio, se vende más y que si se vende más se van a tener menores costes unitarios. Interpretamos que lo que nos quiso transmitir el perito es que, para vender más, el fabricante a su vez necesita más suministros y que al aumentar su volumen de compra los precios de los insumos deben bajar. Pero para que así fuera, el fabricante debería tener capacidad de influir, en función de su volumen de compra, en el precio de mercados mundiales del acero, del petróleo, etc., que es muy dudoso que respondan a un estímulo individual. El coste, a nuestro juicio, es aquí una variable exógena y debía haberse incluido, sin necesidad de recurrir a los datos internos de las compañías, como de hecho ha ocurrido en el diacrónico, en que se usa el “IPRI<sub>EU28</sub>” porque a juicio del dictamen Caballer-Herrerías “*refleja los costes de producción de los camiones*” (p. 83, pár. 1). Ello sin perjuicio de que no consideremos idóneo el IPRI para explicar la relación costes-precio, como veremos al analizar el diacrónico.

c.- *Analogía forzada por ajuste de la constante.* Tampoco se explica la razón de ciencia de la aplicación a la constante del llamado “índice de analogía”, que casi parece darse por sobreentendida (p. 69), pese a que conlleva: (i) gráficamente, elevar la curva del contrafactual, aproximándola a la factual; (ii) en términos logarítmicos, sumar a la constante 0’43, pasando de 7’45 a 7’88; y (iii) en términos económicos, añadir 25.000 euros al precio medio. Más allá de la autoridad científica del [REDACTED], como perito-director del modelo sincrónico, no se comprende este ajuste, que no tiene reflejo en la Guía, aunque ésta tenga carácter informativo y no vinculante. Si realmente fueran mercados análogos y las variantes elegidas explicaran el precio de forma similar en uno y otro, al aplicar a la ecuación de los ligeros los datos de los medios y pesados las curvas entendemos que deberían tender a converger; como no lo hacen, se fuerza la analogía mediante la inclusión de ese índice, inclusión que obedece a un criterio técnico del econométra (“*¿Qué le tengo que decir entonces al software? Este es el punto donde tienes que partir*” – por referencia al año 1996-, explica el [REDACTED] en el minuto 7:21 video nº 4), de soporte científico dudoso.

d.- *Cuestionable tratamiento de los datos de 1996 y 1997.* Otro de los puntos discutidos en las periciales es el relativo a los precios de esos años. Tres son los puntos de fricción: (i) si los precios publicados en 1997 en *Transporte Profesional* están o no afectados por el cártel; (ii) si es correcto el criterio técnico del dictamen Caballer-Herrerías de excluir los precios reales de 1996 y 1997 (de los que afirma disponer, *cfr.* p. 17, punto 5), para sustituirlos por una estimación obtenida “*extrapolando los resultados obtenidos para 1998-2010 a partir de los coeficientes de la regresión econométrica*” (p. 71); y (iii) qué uso se ha hecho de los datos de 1996 y 1997.

Hemos de comenzar diciendo que el dictamen es muy opaco en este extremo y que las explicaciones vertidas por el perito ██████████ en el juicio (video nº 3, final del video nº 5 y principio del nº 6) no consiguen disipar todas las dudas.

En el juicio se nos dice (video nº 3, a partir del minuto 50:00) que, según les fue transmitido por los editores de la revista, los datos de 1997 fueron suministrados a finales de 2016 (51:03), por lo que, por ser anteriores al inicio del cártel, no eran precios cartelizados y el rigor econométrico exigía, primero, su exclusión de la regresión y, luego, proceder a su estimación y, con ella, del sobreprecio, anual y medio. El problema no es menor, porque precisamente en 1997 los precios de lista publicados reflejan un descenso significativo y la diferencia entre incluir o no 1997 y entre incluir el precio estimado y el publicado altera de forma extraordinaria el resultado, hasta el punto de que el sobreprecio desaparece. La parte actora no ha presentado prueba alguna de que los precios brutos de 1997 fueran facilitados en 1996 y, por tanto, fueran ajenos a cualquier efecto del cártel. Sin embargo, en el dictamen de E. CA Economics (p. 262, texto y nota 271) se reconoce que Mercedes-Benz hacía llegar los precios entre octubre y noviembre del año anterior y que la revista se publicaba en abril del año siguiente, según informó ██████████, del departamento de administración de Transporte Profesional, al despacho Cuatrecasas, a través de una llamada telefónica efectuada el 15 de julio de 2019 a las 11:10 de la mañana. Luego admitido que los datos de 1997 reflejaban precios anteriores al inicio del cártel, lo procedente era excluirlos de la regresión, como parece que así se ha hecho. Más dudoso (y más trascendente) es el tratamiento de los datos de 1996, no tanto por su ajenidad al cártel (que no se discute), sino porque se vuelve a prescindir de los precios reales y se recurre a una estimación que se emplea, no en la

regresión, sino como punto ideal de convergencia de las líneas de factual y contrafactual mediante la aplicación del índice de analogía (*vid.* epígrafe 6.1.1.1.2 del informe de E. CA Economics), con un notable impacto en los resultados, como demuestra la comparación entre la figura 43 (p. 125) y 44 (p. 126).

Si el método sincrónico quiebra por la base (la analogía de los mercados, más bien su falta), el diacrónico de apoyo lo hace, fundamentalmente, por las siguientes razones:

a.- *Falta de justificación de la división de la duración del cártel en dos períodos y ausencia de prueba de robustez.* El dictamen Caballer-Herrerías distingue (p. 20) cuatro períodos del cártel, a saber: 1) Enero de 1997 a agosto de 2002, cuando el cártel se organizó a través de las sedes; 2) Agosto de 2002 a finales de 2004, con la entrada de las filiales alemanas; 3) Principios de 2005 a finales de 2007, cuando la organización recae en exclusiva en las filiales alemanas; y 4) De 2008 a enero de 2011, con el empleo de métodos más formales de colusión. Estos cuatro períodos parecen deducirlos los peritos de la descripción de hechos de la Comisión. Sin entrar a valorar el acierto o no de la división del cártel en cuatro subperíodos, no resulta coherente que luego se tomen solamente dos (con un sobreprecio medio de casi 10 puntos de diferencia) sin más justificación que “*no hacer un modelo excesivamente complejo*” (p. 24). Y si se opta por dividir el cártel en dos tiempos, en lugar de los cuatro iniciales, debe ofrecerse al juez una prueba de robustez que elimine toda sospecha de que la división es arbitraria y/o interesada; a tal fin, debían haberse incorporado -temporáneamente y no a través de una mal llamada “fe de erratas”- escenarios alternativos, de modo que junto al elegido (2 períodos), se mostrara cómo afecta a los resultados la toma de un período único (1997 a 2011) o de los cuatro subperíodos iniciales.

b.- *Falta de homogeneidad de la muestra (por categoría del comprador) e insuficiencia de la variable “volumen de compra” para explicarla.* Entre las variables explicativas el dictamen Caballer-Herrerías recoge la que denomina “volumen de compra”, que indicaría la dimensión de cada adquisición (p. 83), es decir, cuántos camiones se adquieren en cada operación, pues se entiende -y resulta obvio- que a más volumen de compra, mejor precio. Se ha omitido, empero, una variable que mida el tamaño del comprador, pues resulta asimismo evidente (por más que no lo sea para el perito [REDACTED],

video nº 6, minuto 14:30) que una gran empresa recibe mejor precio que una pequeña aunque solo compre un vehículo, ya que si lo hace a su concesionario habitual le dará un descuento acorde a su historial de compras y a su potencial de futuro, y si lo hace a un concesionario distinto, éste le ofrecerá un buen precio para tratar de captarla. Tamaño de la compra y tamaño del comprador son, pues, variables distintas y ambas deben incluirse en la ecuación.

El dictamen de E. CA Economics acredita que la muestra del subperíodo 3 está compuesta en su inmensa mayoría por dos grandes compradores (“size” 542 y 1863, con mayor capacidad de influencia en la negociación del precio), mientras que los compradores pequeños se concentran al 99% en los subperíodos 1 y 2. La figura 55 (p. 160) muestra de forma gráfica cómo los compradores con valor “size” de 1-100 son muy predominantes en el período de la infracción (en números redondos entre un 70 y un 95%) para convertirse en anecdóticos en el periodo no cartelizado (20% en 2011, inferior a 5% en 2015 y 2016 y cero en 2012, 2013 y 2014). Al no incluirse en la ecuación una variable que mida el tamaño del comprador y no de cada compra individual, se estará imputando a la infracción una diferencia de precio que debía captar esa variable explicativa. La omisión de esta variable relevante, junto a otras que pudieran serlo, explica el bajo  $R^2$  obtenido (0’71).

c.-*Inidoneidad del “IPRI<sub>EU28</sub>” para medir los costes.* En el cuadro 9, “resultados de la regresión econométrica” (p. 88) aparece este indicador con un valor negativo (-0’1610). Según explicó el perito [REDACTED] (video nº 8, 27:11), esto significa que si sube el IPRI (en teoría, la medida de los costes) el precio baja, lo que nos demuestra que los peritos no han acertado al elegir ese indicador como justificante de los costes.

El dictamen Caballer-Herrerías, en suma, no supera el estándar jurisprudencial exigible a la pericial del reclamante.

**SEXTO.- *El dictamen pericial de E. CA Economics (versión 27 de enero de 2021).***

***Valoración.***

El dictamen aportado por DAIMLER recurre a un método diacrónico (durante-después) que toma como base los precios netos facturados a los concesionarios desde 1999 a 2016, para concluir que no existe evidencia de sobreprecio.

Atendida la extensión del dictamen, vamos a estructurar su análisis en varios apartados:

- 1.- Base de datos.
- 2.- Elección de variables explicativas.
- 3.- Composición de la muestra y proceso de limpieza.
- 4.- Resultados del modelo central.
- 5.- Análisis de fiabilidad o robustez.

1.- **Base de datos.** El dictamen explica en su epígrafe 1.3 (pp. 5 a 7) las fuentes de información de las que dispone:

1.1.- Datos de precio a nivel de transacción en Alemania, Francia, Reino Unido, Países Bajos, Bélgica y España. Para nuestro país los datos abarcan desde 1999 a 2016, pues -según se dice (p. 53)- solo a partir de ese año han podido acceder de forma sistemática y sin problemas a información específica sobre el precio de los camiones. Los datos proceden del sistema de contabilidad de la demandada. Los peritos han dispuesto de todas las ventas realizadas en España desde 1999 a 2016, tanto a concesionario (propio o independiente) como ventas directas al cliente final (que representan un 2%) [p. 52, texto y nota 52].

1.2.- Datos de costes a nivel de transacción, que incluyen los costes variables para cada camión vendido en España desde 2003 y los costes totales por camión (incluida la parte correspondiente de los costes generales) desde 1999.

1.3.- Datos a nivel de camión sobre las características de la unidad vendida.

1.4.- Información sobre las características de los contratos, que permiten identificar si se vendieron con contratos de servicios, financiación, *leasing*, etc.

1.5.- Datos agregados sobre precios de 1997 a 2010, procedentes del sistema contable de DAIMLER, que contienen, con periodicidad mensual (antes de 2000, anual), las cifras de ingresos brutos y netos totales en España desglosados por subcategorías de camiones.

1.6.- Datos de matriculaciones de 1997 a 2015 (diversas fuentes públicas).

1.7.- Datos sobre precios de lista brutos de *Transporte Profesional*.

## **2.- Elección de variables explicativas.**

Como variables explicativas se han tomado:

2.1.- Los costes de producción.

2.2.- Características de la transacción, que a su vez recoge:

2.2.1.- Características técnicas de los camiones (uso, chasis, potencia, MMA, configuración, tamaño de cabina, suspensión, camión adaptado al cliente, camiones adaptados para el transporte de mercancía pesada, camiones encargados con la fase de producción ya iniciada).

2.2.2.- Características del cliente (total de camiones adquiridos/número de años), que arroja cuatro grupos: menos de 2, de 2 a menos de 6, de 6 a menos de 25 y 25 o más.

2.2.3.- Características del paquete: se introduce una variable que controla si la venta se hizo junto con un contrato de servicios o de *leasing*.

2.2.4.- Canal de venta: concesionarios independientes y propios y ventas directas.

2.3.- Demanda, medida en Tm/Km.

### **3.- Composición de la muestra y proceso de limpieza.**

Del número total de camiones vendidos entre 3T/1999 y 2T/2016, 65.996, se han eliminado 9.286 por falta de información sobre los precios, 272 por falta de información sobre los costes y 1.766 por falta de otro tipo de información o errores. El total de la muestra analizada asciende a 54.672 transacciones.

El porcentaje de observaciones para cada año del período 1999 a 2016 es suficientemente homogéneo, como resulta de la figura 18 (p. 67).

### **4.- Resultados del modelo central.**

La tabla 6 (p. 70) presenta los resultados de la regresión. A medida que se van añadiendo las distintas variables enunciadas (de forma muy acusada los costes y las características del camión) se aprecia cómo el modelo se va reforzando con el crecimiento del  $R^2$ , hasta alcanzar para el modelo base (columna 7) un 0'951 (por un 0'715 del diacrónico de Caballer-Herrerías). Este modelo base no arroja sobreprecio y su significación estadística es del 1%.

### **5.- Análisis de fiabilidad o robustez.**

Se realizan análisis de robustez (pp. 253 y ss.), consistentes en introducir cambios en las distintas variables, sin que aparezca sobreprecio imputable a la infracción estadísticamente significativo. Es de destacar que el dictamen Caballer-Herrerías carece en absoluto de análisis de sensibilidad, optando por dar robustez al modelo sincrónico variando el mercado (de camiones ligeros a furgonetas) o el modelo (de sincrónico a diacrónico). Y así como el dictamen Caballer-Herrerías ni acierta en el modelo principal ni en los de refuerzo (que debilitan antes que refuerzan), los múltiples análisis de sensibilidad del dictamen de E. CA Economics aumentan la credibilidad del modelo base.

Los cambios afectan a:

i.- *Las características de los camiones*, añadiendo 4 especificaciones: 2.a), que añade variables explicativas (a/a, llantas de aluminio, toma de fuerza, etc.); 2.b), que resta variables y elimina por completo las relativas a tamaño de la cabina, configuración de ejes o suspensión; 3), que incorpora una variante explicativa del porcentaje que representan extras u opciones; y 4), que excluye vehículos especiales.

El  $R^2$  apenas se altera, oscilando entre un 0'948 y 0'969 (para un 0'951 del modelo central).

ii.- *La medida de la demanda*, incluyendo siete escenarios alternativos: 1) Modelo base (Tm/Km); 2) Crecimiento del PIB y Tm/Km; 3) Créditos y Tm/Km; 4) Inversión en transporte; 5) Crecimiento del PIB e inversión en transporte; 6) Créditos e inversión en transporte; y 7) Matriculaciones.

El  $R^2$  tampoco se resiente y oscila cuatro milésimas (mínimo de 0'948, máximo de 0'952). La diferencia tampoco es significativa si se recurre a la “muestra reducida” (solo disponible desde 2006), pues el  $R^2$  no baja del 0'924.

iii.- *La muestra*, que se restringe respecto del modelo base para añadir dos escenarios de refuerzo incluyendo (2) los camiones vendidos sin paquete de servicios o financiación y (3) excluyendo los *leasing*. El  $R^2$  es incluso superior.

iv.- *La consideración de que el cártel produjera efectos prolongados* (“efecto rezago” en la terminología de la actora). Se extiende el período relevante hasta el 31 de diciembre de 2011, permaneciendo inmutable el  $R^2$ .

v.- *Regresión en “niveles”* ( $p < 10\% - 5\% - 1\%$ ) en lugar de logaritmos para los precios, los costes y las Tm/Km. El  $R^2$  es de 0’919.

Las pruebas de fiabilidad tienen como común denominador un  $R^2$  muy alto (y muy próximo al del modelo base) y la ausencia de sobreprecio imputable a la infracción.

Tras un estudio exhaustivo de la pericial, podemos concluir que la misma presenta un alto grado de transparencia (muy superior a la del dictamen Caballer-Herrerías, que omite algunos datos y explicaciones relevantes) y que científicamente no ha sido refutada.

La base de datos es difícilmente mejorable. Cubre prácticamente todo el período del cártel (desde 1999), sin que el hecho de que falten dos años sea relevante, atendido que la propia actora parte de que el nivel de organización y de eficacia de un cártel es creciente, luego la falta de los dos años iniciales es poco significativa; en todo caso, de existir sobreprecio, debería aflorar y ser visible en los años siguientes. Los peritos han dispuesto de todos los datos relativos a ventas, descuentos, costes, etc.

Por la parte actora se pone en duda la veracidad de los datos, que, por ser internos, podrían haber sido manipulados. Esta línea de defensa debe rechazarse con firmeza, no ya tanto (que también) porque supone cuestionar datos contables que han sido trasladados a unas cuentas anuales sujetas a auditoría, sino porque la parte actora ha podido tener acceso a los mismos y ha rehuido esa posibilidad. El dictamen de E. CA Economics describe el proceso de auditoría interna y externa al que han sido sometidos los datos suministrados por DAIMLER (apartado A1.1.3, pp. 222 y ss.). 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 cártel 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 cómo 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 cómo 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.

La pérdida de referencias en el proceso de limpieza de la muestra (17'2%) tampoco merece tacha. La Guía Práctica (84) advierte que “*la mayoría de las series de datos son incompletas*” y que “[*l*]as deficiencias de datos no deben impedir que a un análisis económico se le dé la importancia que tiene”. A más a más, la pérdida es inferior, en términos porcentuales, a la que sufre la pericial de la actora para el mercado factual (1.414 sobre 7.257 -excluida SCANIA y marcas no infractoras-, lo que representa un 19'48%) y ligeramente superior a su depuración del contrafactual (13%), a pesar de que la muestra de DAIMLER es muy superior en número a las que suministra *Transporte Profesional*. Y si se pone en duda el proceso de exclusión de determinados camiones, bastaba con solicitar los datos a los peritos de DAIMLER para verificarlo. Los peritos de E. CA Economics, aun sin acceso a los datos digitalizados de la base de datos empleada por la actora, así lo han hecho (*vid.* Apéndice 3, apartado A3., titulado “[d]etalles sobre la digitalización y limpieza de los datos y el procesamiento de los datos en el informe pericial del demandante”). Lo que no puede admitirse, por contrario a la buena fe procesal, es sembrar la duda sobre el origen de los datos o el proceso de limpieza y negarse al tiempo a acceder a la información que podría eliminarla o confirmarla.

Las variables explicativas no ofrecen duda, como tampoco la forma de incorporarlas a la ecuación de regresión, dibujando numerosos escenarios alternativos que confirman la bondad del modelo base. No advertimos problema de variable omitida.

Por la parte actora se cuestiona la homogeneidad de la muestra (fig. 73, p. 227), que incluiría más camiones de larga distancia (más caros) en el período poscártel que durante el cártel, lo que según el perito [REDACTED] (video nº 4, minuto 43:33) “*tira del precio medio*

*hacia arriba*”, lo que contribuiría a ocultar un sobreprecio imputable a la infracción. Sin embargo, esto no resta credibilidad al modelo, como tampoco la restaba al diacrónico de Caballer-Herrerías el desbalance (en este caso de marcas) entre los tres subperíodos, ya que en ambos dictámenes se han incluido como variables explicativas tanto el “uso del camion” (E.CA Economics) como la “marca” (Caballer-Herrerías).

En efecto, la base de datos del diacrónico del dictamen Caballer-Herrerías, que opera sobre precios netos, la componen 5.396 compras individuales, que se distribuyen temporalmente en tres períodos: 1) Primera mitad del cártel (1997-2003); 2) Segunda mitad (2004-2010); y 3) Período poscártel (2011 en adelante). Se nos dice que la base de datos está balanceada por marcas, cuando el mero visionado (pp. 85 y 86) de los cuadros 8.A (“composición de las marcas en el subperíodo 1”), 8.B (“composición de las marcas en el subperíodo 2”) y 8.C (“composición de las marcas en el subperíodo 3”) revela precisamente la falta de homogeneidad. Así, a modo de ejemplo, IVECO, que se encuentra en el rango de las marcas “baratas” (si no la más), aparece 64 veces en el subperíodo 1, 361 en el subperíodo 2 y 345 en el subperíodo 3. Y MERCEDES-BENZ (DAIMLER), que pertenece al rango de las “caras” (si no la más), 118, 616 y 58, respectivamente. La falta de homogeneidad de la muestra es más acusada en el subperíodo 3, precisamente aquel en que se denuncia una bajada en los precios que se atribuye al fin del cártel: 58 camiones de una de las marcas más caras por 345 de una de las más baratas. La muestra, por tanto, no está balanceada en origen (algo frecuente en la práctica), pero ello no priva de validez ni credibilidad al modelo (las pierde por otros motivos, ya explicados), pues ese desbalance inicial se corrige con la variante explicativa “marca”, que capta esa diferencia en el precio en lugar de imputarla al “cártel”. En el cuadro 9 (p. 88), en el que se muestran los resultados de la regresión, se advierte cómo a cada marca se le asigna un coeficiente/valor, que oscila entre -0’0282 para IVECO y 0’0946 para VOLVO.

El mismo desbalance se observa (y en el mismo período, el poscártel) en el dictamen de E.CA Economics, no en la marca obviamente (todas las observaciones son ventas de DAIMLER), sino en el uso del camión, pues hay más de larga distancia (más caros) que en el período cartelizado. Como aclaró el perito [REDACTED] (video nº 10, minuto 15:24), la inclusión de la variable “uso del camión” capta si el camión es de larga distancia y, por tanto, más caro,

evitando que el efecto sobre el precio sea imputado a la variable “cártel”. Si comprobamos la tabla 31 (p. 249) es fácilmente apreciable como las características del camión constituyen la variable más detallada, con 28 subvariables, entre las que se encuentran el “uso al que se destina el camión”: construcción, larga distancia, MDT y corta distancia. Decae, por tanto, el reparo.

La composición de la muestra es igualmente objeto de crítica por la exclusión de los camiones Econics, Unimogs y Zetros. En el dictamen de E.CA Economics (p. 66, nota 79), se justifica la decisión porque son camiones especiales y afectan a menos del 1% de las observaciones en España, por lo que se concluye, “*no son relevantes para nuestro análisis*”. El perito, a preguntas del letrado de la actora (video nº 10, minuto 7:28 en adelante), se ratificó en su decisión, cuestionando, incluso, que pudieran ser considerados camiones por su especialidad. En todo caso, visto que no representan ni el 1% de las ventas en España, su inclusión o exclusión no se estima relevante. Como tampoco lo es la inclusión o no de camiones especiales (bomberos, hormigoneras, transporta-coches, barrenderos, etc.), que se incluyen en el modelo base y se excluyen en el cuarto análisis de sensibilidad (*cf.* pp. 253 y 254), sin cambio sensible del  $R^2$  (0’951 por 0’960, respectivamente).

Se cuestiona asimismo por la actora que los peritos de E.CA Economics hayan procedido a rebajar determinados costes. En las páginas 212 y ss., el dictamen explica que se ha procedido a la corrección econométrica de determinados costes imprevistos e inusualmente altos en la nueva serie “Actros”, desde su lanzamiento en 2011 a 2012 y 2013. La objeción debe decaer, pues como explicó el ██████ en la vista repetidamente (video nº 9, minuto 20:00, video nº 10, 41:00, video nº 11, 3:40), la corrección de esa decisión técnica (presente en el modelo base) se ha evaluado a través de un análisis de sensibilidad consistente en su eliminación, sin que los resultados se vean afectados. En la figura 7 (p. 75) puede comprobarse cómo en la “variable costes” se efectúan dos análisis de sensibilidad, siendo el segundo de ellos “modelo base sin la corrección de los costes relativa a la introducción de nuevas series”. En la tabla 9 (p. 77) figuran, en detalle, esos análisis de sensibilidad afectantes a los costes y el que nos ocupa es irrelevante (0’951 del  $R^2$  para el modelo base, 0’947 para el alternativo sin corrección de costes).

La Guía Práctica (153) advierte de algunos problemas que puede presentar la opción por un modelo diacrónico, en especial por la confianza que pueda depositarse en los datos posteriores al cese de la infracción:

*“Por lo que se refiere a la conveniencia de utilizar datos de precios observados posteriores a la infracción, es posible que el cártel produjera efectos en el mercado incluso después de que sus miembros hubieran dejado de participar en este tipo de cooperación prohibido por el artículo 101 TFUE. Puede ser el caso, en particular, en mercados oligopolísticos, cuando la información recabada gracias al cártel pueda permitir a sus miembros adoptar de manera sostenible —después de que haya terminado la infracción del cártel— una actuación destinada a vender a un precio superior al precio probable sin infracción, sin participar en el tipo de prácticas prohibidas por el artículo 101 TFUE. También es posible que, tras el fin del cártel, antiguos miembros del mismo recurran a otro tipo de infracción de las normas de competencia que suba los precios a sus clientes. En estos casos, cualquier comparación diacrónica basada en los precios observados después del cese de la infracción pueden llevar a subestimar el coste excesivo pagado por los clientes de los infractores, puesto que los precios posteriores a la infracción pueden seguir estando influidos por una infracción”.*

Para cubrir esos posibles efectos prolongados, el dictamen de E. CA Economics realiza otro análisis de sensibilidad, alargando el período relevante por un plazo razonable (1 año), sin merma del modelo. La actora, en su interrogatorio al perito ██████████, pretende sembrar de nuevo la duda sobre si el periodo poscártel está afectado por un efecto “rezago” o “aprendizaje” que vaya más allá de diciembre de 2011, sugiriendo que en Alemania se están reclamando sobrepuestos hasta 2016 (video nº 10, minuto 23:46 en adelante). La crítica debe decaer por razones varias; en primer lugar, no hay indicios de que el cártel haya surtido efectos más allá de la fecha indicada por la Decisión; y, en segundo, pretender restar fiabilidad a los precios de ese período no resulta coherente con el dictamen Caballer-Herrerías, que en su modelo diacrónico recurre sin expresar duda alguna a los precios netos de 2011 a 2016 y concluye, a mayores, que experimentan una *“caída importante en el año 2011, cuando finaliza el cártel”* (p. 87). Luego si los peritos de la actora confían en los datos

posteriores a 2011 para su informe (sin miedo, al menos expresado, a un efecto prolongado, para el cual, a mayores, no realizan ningún análisis de sensibilidad) y sobre ellos concluyen una caída de precios súbita, lo que no es coherente ni, por ende, aceptable es cuestionar el dictamen de E. CA Economics (que sí realiza un análisis de sensibilidad) simplemente porque sus resultados no le sean favorables. Si hay efecto rezago o aprendizaje, lo habrá para siempre y para todos, no en función del momento procesal o del interés que se defienda.

Tras el examen de ambas periciales no solo no existe prueba de sobreprecio, sino que estimamos científicamente acreditado que no lo ha habido.

Esta conclusión no pugna con el contenido de la Decisión ni con los estudios económicos (no siempre econométricos) sobre los efectos de los cárteles, que si bien concluyen como regla general un efecto sobre los precios que está en la base de la presunción de daño, observan también un porcentaje no despreciable de cárteles en los que el precio no se ve alterado [6% CONNOR, 4% BOLOTOVA, 7% OXERA (2009), 8% SMUDA y 17% BOYER y KOTCHONIE, a pesar de operar todos con la base de datos del primero].

Y aun estos datos hay que interpretarlos con suma prudencia. La propia Guía Práctica, en relación al estudio encargado a OXERA en 2009 reconoce que *“hay que llevar cuidado al interpretar los resultados de ese ejercicio”* (141), ya que esos estudios pueden tener los resultados sesgados, porque se preste más atención a los cárteles que tienen efectos sobre los precios que a los que no los tienen (nota 118, p. 48). Y artículos recientes como el de COPPIK y HEIMESHOFF (*op. cit*) -la sentencia del BGH de 23 de septiembre de 2020 se ocupa de citarlo (40)-, que no parecen tener sesgo de autor (en la presentación curricular que precede a su comentario se cuidan de advertir que han trabajado en la evaluación de daños por cárteles tanto para demandantes -principalmente HEIMESHOFF- cuanto para demandados -principalmente COPPIK-) advierten que: (i) estos estudios se elaboran con fines científicos y, por tanto, no cumplen los requisitos que deben exigirse a la prueba del daño, entre otras cosas, en lo que respecta a la base de datos, la metodología de estimación y la selección de casos; (ii) sus resultados están sujetos a incertidumbres de estimación, pueden producirse errores sistemáticos de medición y presentar sesgos importantes; (iii) no son adecuados para hacer previsiones para casos individuales con el fin de poner una cifra concreta de daños

(tampoco es la intención de estos estudios) ni pueden sustituir a una hipótesis diferencial cuidadosamente realizada para el caso concreto que se va a evaluar.

Cuestión distinta, añadimos, es que estimándose acreditado el daño (al menos en términos de causalidad probabilística), pero no su importe, el juez acuda a esos estudios como un elemento más que le ayude a fijar el importe de la indemnización.

Por lo expuesto, entendiendo que no hay prueba de sobreprecio y que el dictamen de E.CA Economics destruye con absoluta solvencia toda presunción o máxima de experiencia, procede la íntegra desestimación de la demanda.

#### **SÉPTIMO.- Costas.**

No obstante el resultado desestimatorio, no procede imposición de costas por las limitaciones intrínsecas y extrínsecas que padece la parte actora en este tipo de reclamaciones, circunstancia que se estima asimilable a las dudas de hecho (art. 394.2 LEC), por más que en este caso esas dudas vengan exclusivamente referidas a quien ejercita la acción y no a quien la enjuicia.

En virtud de los anteriores hechos y fundamentos jurídicos

#### **FALLO**

DESESTIMAR la demanda interpuesta por [REDACTED] [REDACTED] contra DAIMLER AG, absolviendo a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra, sin que proceda condena en costas.

**MODO DE IMPUGNACION:** Contra la presente resolución cabe interponer recurso de **APELACIÓN** en el plazo de **VEINTE DÍAS** a partir del siguiente al de su notificación.



Para interponer el recurso al que se refiere el párrafo anterior, es necesario constituir un depósito de **50,00 euros** que se consignará en la siguiente cuenta de este juzgado, si el depósito se hace en ventanilla: BANCO SANTANDER 2274 0000 04 0245 19 .

Se debe indicar, en el campo “concepto” que se trata de un ingreso para interponer un recurso de APELACIÓN.

Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se efectuará en el número de cuenta ES55 0049 3569 9200 0500 1274 y en el campo “concepto “ se insertará lo dispuesto en el apartado anterior y los dieciséis dígitos indicados igualmente en dicho apartado.

El ingreso también se podrá realizar a través de Cajeros Automáticos, indicando los siguientes datos:

Número de cuenta expediente (la indicada para ventanilla).

Datos de la persona obligada al ingreso: Apellidos y nombre, Tipo y número de documento y Teléfono.

Importe en cifra.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

