



El «cártel de los camiones» ante el Tribunal Supremo alemán: a propósito de la sentencia de 23 de septiembre de 2020 (KZR35/19)

José María Macías Castaño (1)

*Vocal del Consejo General del Poder Judicial
Socio y coordinador del Grupo Casación y Recusos Especiales de Cuatrecasas*

Miguel Gómez Jene

*Catedrático de Derecho Internacional Privado
Consejero de Cuatrecasas*

Resumen: *El Tribunal Supremo Federal de Alemania ha dictado una primera sentencia de casación en relación con un tema, las indemnizaciones reclamadas como consecuencia de llamado «cártel de los camiones», que está motivando un número elevado de pleitos en España. En la medida en que su relación con una problemática interna puede llamar la atención sobre la sentencia, el objetivo del artículo es contextualizarla dentro del marco procesal alemán, que plantea algunas diferencias notables con el español y que puede generar confusiones en cuanto a la correcta interpretación del contenido y alcance de la sentencia. Por otro lado, también es objetivo del artículo divulgar o destacar aquellos aspectos abordados por el alto tribunal alemán que, o bien son comunes a las instituciones jurídicas españolas, o aportan elementos de análisis que trascienden de marco normativo alemán y que pueden ser útiles en el plano interno español.*

Palabras clave: Decisión de la Comisión Europea, cártel, «prueba *prima facie*», presunción, «ex re ipsa», indicio, «presunción factual», carga de la prueba, repercusión de costes.

I. Introducción

Recientemente se ha dado a conocer la sentencia de 23 de septiembre de 2020 dictada por el Tribunal Supremo Federal de Alemania —BGH, por su acrónimo en alemán— en el recurso de casación KZR35/19 planteado contra la sentencia de apelación de 4 de abril de 2019 del Tribunal Regional Superior de Stuttgart, 2ª División Civil —tribunal de apelación, en lo sucesivo—, recurso de apelación 2 U 101/8. La sentencia de apelación, a su vez, había revocado la sentencia de 30 de abril de 2018 dictada en primera instancia por el Tribunal Regional de Stuttgart —tribunal de primera instancia, en lo sucesivo—, procedimiento 45 O 1/17.

La sentencia del BGH casa y deja sin efecto la del tribunal de apelación, que había declarado la existencia de base legal que justificaba la reclamación de indemnización de un comprador de camiones por eventual sobreprecio derivado de un cártel, y ordena el dictado de una nueva sentencia de apelación que tenga en consideración determinados parámetros.

Esta sentencia es la primera que ha dictado el BGH en el asunto conocido como «cártel de los camiones», que en España está dando lugar a número importante de pleitos: reclamaciones de indemnización por eventuales sobrepuestos que podrían derivar de un cártel sancionado por la Comisión Europea con su Decisión de 19 de julio de 2016 —asunto AT.39824 «camiones», a la que se aludirá en lo sucesivo como la Decisión o la Decisión de la Comisión Europea—.

El interés en el comentario de la sentencia del BGH no requiere de demasiada justificación: es una sentencia relativa a un tema igualmente abordado por los tribunales españoles y que se ha dictado por el alto tribunal de una jurisdicción que, no obstante sus características propias, comparte determinadas nociones jurídicas igualmente aplicables por los tribunales españoles —prueba de presunciones, carga de la prueba—. Tampoco es ajeno a las motivaciones del artículo el interés personal de los autores, el primero como colaborador del Aula Iberoamericana de la Escuela Judicial de España que ha formado a numerosos jueces iberoamericanos en aplicación privada del Derecho de la competencia y, el segundo, como Catedrático de Derecho internacional privado.

El objetivo del presente comentario es puramente divulgativo, sin perjuicio de las consecuencias que quepa extraer de la información que proporciona. Ello no obstante, y para comprender adecuadamente el sentido de la sentencia del BGH, es conveniente situar primero las peculiaridades del marco procesal en el que se ha dictado. Sin ese contexto procesal, es decir, si se pretendiese llevar a cabo una lectura de la sentencia ubicándola sin contexto alguno en el marco procesal español, sería fácil caer en lo que en términos idiomáticos se conoce como un *false friend* y en conclusiones manifiestamente erróneas.

II. Contexto procesal alemán

El Título 2 (Sentencia) del Libro 2 (Proceso en primera instancia) de la Ley de Enjuiciamiento Civil alemana (*Zivilprozessordnung* —ZPO—) prevé en sus §§ 300 -305a hasta siete tipos diferentes de sentencias. Sin ánimo de exhaustividad, cabe mencionar que la ZPO distingue claramente entre la sentencia definitiva (§ 300), la sentencia parcial (§ 301), la sentencia con reserva (§ 302), la sentencia incidental (§ 303) y, por lo que ahora importa, la sentencia interlocutoria sobre la causa (§ 304). Esta precisión parece importante en el contexto de este comentario, pues la sentencia que el BGH casa es, precisamente, una sentencia interlocutoria sobre la causa dictada por un tribunal de apelación que, a su vez, confirmó una sentencia interlocutoria sobre la causa de instancia.

A efectos de mejor entender el alcance de la sentencia sobre la causa dictada tanto en la instancia como en apelación, conviene detenerse muy brevemente en la norma procesal que regula este tipo de resolución. A este respecto, el citado § 304 establece: *1. En el caso de que una pretensión sea controvertida en la causa y en la cuantía, el tribunal puede decidir con antelación sobre la causa. 2. La sentencia se considerará definitiva a los efectos del recurso; no obstante, si la pretensión se declara fundada, el tribunal puede, a instancia de parte, ordenar que se conozca sobre la cuantía* (la traducción es nuestra).

Como del tenor del precepto se deduce, mediante el dictado de este tipo de sentencias, el tribunal de instancia —y posteriormente el tribunal de apelación— tienen la facultad de decidir entre: (i) resolver la controversia en «dos fases» (dictando primero sentencia interlocutoria sobre la causa y resolviendo posteriormente sobre la cuantía de los daños) o; (ii) resolver la controversia en «una sola fase» (resolviendo en un solo fallo tanto sobre la causa como sobre la cuantía de los daños reclamados —generalmente, tras la designación de un perito judicial—). Y decimos que esta opción reside tanto en el juez de instancia como en el tribunal de apelación, porque este último, en el contexto de la apelación sobre la sentencia interlocutoria de instancia, tiene, a su vez, la opción de limitar su decisión al control de los requisitos legales de la sentencia interlocutoria de instancia o resolver directa y

cumulativamente tanto sobre la causa como sobre la cuantía de los daños si se ha practicado prueba sobre este aspecto. En nuestro caso, el tribunal de apelación se limitó en su sentencia —ahora casada— a controlar si la sentencia interlocutoria de instancia reunía o no los requisitos legales que debe reunir toda sentencia de este tipo.

Partiendo de la base de que las sentencias interlocutorias solo son posibles —como ocurre en autos— cuando tanto causa como cuantía son controvertidas, debe repararse —al objeto de mejor entender la sentencia del BGH— que mediante este tipo de sentencias la base jurídica de la reclamación debe quedar enteramente definida: es decir, no es posible dictar sentencias interlocutorias sobre distintos elementos —o elementos parciales— que justifiquen la causa (2) .

A la luz de lo anterior, en el supuesto de autos el tribunal de instancia tenía que establecer en su sentencia interlocutoria que: (i) se cumplieran los requisitos legales necesarios para establecer la concurrencia de responsabilidad; y (ii) que concurría una probabilidad suficiente para que la demanda acabara prosperando en lo relativo a la cuantía de los daños (siquiera fuera parcialmente). Lo anterior —eso sí— únicamente en la medida en que el demandante consiguiese demostrar en la «segunda fase» del procedimiento el padecimiento de un daño como consecuencia de la infracción. De tal modo —y esto es especialmente importante en nuestro contexto— que, pese a lo establecido en la sentencia interlocutoria, el tribunal de instancia o de apelación pueden llegar finalmente a la conclusión de que, o bien no hubo daño, o bien el demandante no probó suficientemente ese daño. Es decir, la sentencia interlocutoria —ya sea de instancia, ya sea de apelación— no obsta en absoluto para que una futura sentencia definitiva sobre el fondo desestime íntegramente la demanda.

Sentado lo anterior, y sin perjuicio de lo que a continuación se diga sobre la valoración de distintos tipos de prueba («prueba *prima facie*» y «presunciones fácticas», entre otras), baste ahora con adelantar que la sentencia del BGH es importante por lo que a este tipo de sentencias en este particular contexto se refiere en tanto que reafirma el alto nivel de fundamentación jurídica que requieren: 37 4. ... *la fundamentación proporcionada por el tribunal de apelación no respalda la conclusión de que el demandante haya sufrido un perjuicio como consecuencia de las prácticas colusorias en las que participaron las empresas afectadas —con [el grado de] probabilidad que resulta exigible a una sentencia interlocutoria, de conformidad con el artículo 304 ZPO (cf. sentencia del Tribunal Supremo alemán, WuW 2020, 202, ap. 28— Schienenkartell [cártel del ferrocarril] II, mwN).*

III. Las sentencias de primera y segunda instancia

Partiendo del marco procesal que se acaba de exponer, esto es, el de un proceso centrado en determinar si concurren los elementos que configuran la base jurídica de una reclamación por daños derivados de un cártel —sentencia interlocutoria—, la comprensión de la sentencia de casación dictada por el BGH hace necesario situar los antecedentes de las sentencias dictadas en la primera y segunda instancia. Los aspectos fundamentales, expresados sintéticamente, son los siguientes:

- a) La demandante es una empresa matriz de otras dos filiales dedicadas a la actividad de construcción que habían comprado 11 camiones entre 1997 y 2011 que utilizaban en su proceso constructivo.
- b) La demandada es una empresa dedicada a la fabricación de camiones que había sido sancionada por la Decisión antes referida, junto con otras empresas del sector, por su participación en un cártel de intercambio de información sobre precios brutos. El cártel actuó entre enero de 1997 y enero de 2011 y afectó a todo el Espacio Económico Europeo.
- c) Según la demandante, la actuación del cártel determinó que pagara un sobreprecio por la compra de los

camiones respecto de lo que hubiese sido el precio final de mercado de no haber existido ese cártel.

d) El tribunal de primera instancia dictó sentencia que estimó la demanda. De la sentencia cabe destacar, por su importancia para contextualizar la sentencia posterior del BGH, que apreció la concurrencia de «prueba *prima facie*» de la existencia de un daño derivado de la infracción.

La «prueba *prima facie*» o por apariencia —*Anscheinsbeweis*— alude a una categoría manejada por la jurisprudencia y la doctrina alemanas (3) que ha sido ocasionalmente mencionada por el Tribunal Supremo de España, sin un desarrollo específico en su jurisprudencia, pero de la que, sin embargo, cabe destacar que la ha relacionado o vinculado con la doctrina *ex re ipsa loquitur* —las cosas hablan por sí mismas— o, como afirma el Tribunal Supremo de España, «*se corresponde con esa doctrina*» (4) .

Dicho sea en términos sintéticos, el concepto de «prueba *prima facie*» refiere una presunción judicial, aunque en el bien entendido de que se trata de una presunción cualificada, referida a los distintos componentes del esquema de responsabilidad, principalmente la culpa y la relación de causalidad, fundada en una máxima de experiencia planteada en términos tales que un determinado resultado no pueda ser explicado si no es como consecuencia, en términos de elevada probabilidad, de un determinado hecho base acreditado.

La «prueba *prima facie*» puede ser refutada mediante prueba en contrario. No es el caso de terciar en la polémica sobre si ello supone una inversión de la carga de la prueba (5) o sólo una regla sobre valoración de la prueba —instrumentos de facilitación o aligeramiento de la prueba— (6) , de manera que, en realidad, se mantienen las reglas ordinarias de carga de la prueba —el demandante debe probar los hechos que permiten articular la presunción y el demandado los que impiden que la presunción resulte fundada— pero lo cierto es que, en términos materiales y aunque sea *de facto*, una vez establecida la presunción produce un efecto que se confunde con la inversión de la carga de la prueba (7) .

Frente a la «prueba *prima facie*» se situarían las «presunciones fácticas» o de hecho —«*tatsächliche Vermutung*»—, con las que se alude a simples indicios o meras reglas de experiencia no cualificadas que permiten afirmar una cierta probabilidad de que algo suceda si se da un determinado hecho, pero insuficientes, por sí mismas, para alcanzar el grado suficiente de convicción de que el «hecho probable» ocurrió realmente. No abundamos más en este concepto porque es precisamente el que desarrolla la sentencia del BGH de la que nos ocupamos

e) La sentencia del tribunal de apelación concluyó que concurrían los requisitos previos que permitían afirmar la existencia de base jurídica para sostener la reclamación respecto de 10 de los 11 camiones, no así respecto del comprado en 1997. La sentencia apreció que existía base jurídica para sostener la reclamación, pero que aún no se había probado el hecho de que el demandante hubiera experimentado un daño susceptible de cuantificación —§ 8 de la sentencia—, ya que en la formación de los precios finales no sólo tenían influencia la existencia/acción del cártel, sino también otros factores que el demandante no había tenido en cuenta (8) .

La sentencia aceptó como un hecho probado la existencia del cártel y rechazó que existiese «prueba *prima facie*» en su producción

Para llegar a esta conclusión, en primer lugar, la sentencia aceptó como un hecho probado la existencia del cártel

y, en segundo lugar, y respecto del daño, la sentencia rechazó que existiese «prueba *prima facie*» de su producción. Ello no obstante, la sentencia entendió que la posibilidad del daño, y su relación de causalidad con la acción del cártel, podía aceptarse a partir de una máxima o regla de experiencia (presunción fáctica): con carácter general, la formación de un cártel es útil para aumentar el beneficio de las empresas que participan en él en la medida que su formación y mantenimiento puede producir unos precios más altos de los que de otra manera se generarían en el mercado y, por lo tanto, existe también la probabilidad de que esta circunstancia cause daño a los compradores de los productos de las empresas cartelizadas.

Adicionalmente a ello, y en cuanto al alegato de defensa *pass on* o de repercusión a terceros, «aguas abajo», del sobrecoste planteado por la demandada, la sentencia rechazó su efectividad por la falta de actividad probatoria efectiva por parte de la demandada.

IV. La sentencia del BGH

La sentencia del BGH estima el recurso de casación presentado por la empresa demandada contra la sentencia del tribunal de apelación, que anula y deja sin efecto, al tiempo que dispone la devolución del asunto a ese tribunal para que dicte una nueva sentencia que se atenga a unos nuevos parámetros que consideren dos aspectos fundamentales: la sentencia ha de ser respetuosa con las reglas de distribución de la carga de la prueba y debe establecer sus conclusiones sobre si efectivamente existe base jurídica para efectuar la reclamación después de realizar una valoración de todas las circunstancias que concurren en el supuesto, atribuyendo a la regla de experiencia considerada por el tribunal de apelación el peso que realmente le corresponde con arreglo a las circunstancias concretas del caso.

La sentencia no es compleja en las valoraciones que lleva a cabo, aunque sí es cierto que su análisis abunda en matices íntimamente relacionados con las peculiaridades procesales que se han dejado indicadas en el epígrafe 2 de este artículo.

Sin intención de ser exhaustivos, toda vez que el propósito de este artículo es esencialmente divulgativo de una resolución novedosa, los aspectos esenciales de la sentencia, siguiendo el orden marcado por el BGH en su resolución, serían los siguientes, que referenciamos a los párrafos concretos de la sentencia de los que cabe derivar las conclusiones que expresamos en cuanto a su contenido:

a) El BGH considera que fue correcta la premisa inicial establecida en la sentencia del tribunal de apelación en cuanto a la norma aplicable a la reclamación: la ley vigente en el momento de las respectivas entregas —§ 16—.

Dicho sea en negativo, y aunque no lo exprese literalmente así la sentencia, esta conclusión descarta la aplicación de los aspectos sustantivos de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

b) El BGH también considera igualmente correcta la conclusión de la sentencia recurrida en cuanto a que la empresa demandada había incurrido en una infracción de los arts. 81 del Tratado de la CE y 101 del TFUE, según se declaró en la Decisión de la Comisión Europea —§ 17—. Ello no obstante, el BGH introduce un matiz: en su interpretación, el comportamiento colusorio no sólo se habría referido a la coordinación o al intercambio de información sobre los precios brutos de las empresas concertadas sino también a la coordinación de su comportamiento en el mercado con respecto a los cronogramas y la repercusión de costes para la introducción de tecnologías en materia de control de emisiones —§19—. Ello no obstante, también se señala en un párrafo

posterior que el elemento esencial de la infracción había consistido precisamente en el intercambio de información de precios brutos —§45—.

Con cita de su propia jurisprudencia, el BGH declara que el alcance vinculante de la Decisión de la Comisión Europea se extiende tanto a su parte resolutive como a los *principales motivos determinantes* de la decisión final, tanto en los aspectos fácticos constitutivos de la infracción como en los jurídicos, sin que esta conclusión se pueda ver modificada por el hecho de que la Decisión se adopte en un procedimiento de transacción —§§ 23 a 25— ni suponga lesión del derecho a la tutela judicial efectiva —§ 27 a 30—. Cabe destacar en este punto que, por decirlo así, esta es una conclusión propiamente «alemana». Se quiere decir con ello, y los §§ indicados son elocuentes, que el BGH llega a esta conclusión citando su propia jurisprudencia, no la del TJUE.

c) En tercer lugar, y siempre desde la perspectiva de análisis propia del procedimiento —determinar si concurren los «prerrequisitos» que permiten sostener la existencia de una base jurídica para formular la reclamación—, el BGH considera que el tribunal de apelación concluyó acertadamente que el demandante se vio afectado por los acuerdos del cártel en tanto que comprador directo de camiones durante la vigencia del cártel.

Esta es una conclusión que debe entenderse desde la óptica y finalidad del procedimiento en Alemania, dirigida a establecer la base jurídica de la reclamación. Con arreglo a la jurisprudencia del BGH y la normativa alemana aplicable (9), un requisito previo que debe acreditarse para establecer una base de responsabilidad es que el demandado debe ser acusado de conducta restrictiva de la competencia que tenga la capacidad —mediante la conclusión de operaciones de venta o de otra manera— de causar directa o indirectamente un daño al demandante, y en el bien entendido que la cuestión relativa a si la actividad del cártel tuvo realmente un impacto perjudicial —es decir, si ocasionó sobrepresos— es una cuestión diferente y adicional a este requisito que debe examinarse separadamente —§ 31—. La circunstancia de que los camiones objeto de la controversia estuvieran incluidos en el ámbito del acuerdo colusorio es suficiente para considerar cumplido este concreto «prerrequisito» —§§ 31 a 34—, que no es determinante de la efectiva concurrencia de los demás.

d) Pero llegados a este punto, el BGH considera que el tribunal de apelación incurrió en errores jurídicos relevantes en la apreciación de uno de los requisitos previos necesarios para establecer la base jurídica requerida por la legislación alemana: concretamente, si la demandada experimentó un daño como consecuencia del cártel con el nivel de probabilidad exigible para poder justificar el dictado de una sentencia interlocutoria sobre el fondo.

Para llegar a esta conclusión, el BGH parte de considerar que el tribunal de apelación concluyó acertadamente que, a partir de los términos de la Decisión, no podía aceptarse la existencia de «pruebas *prima facie*» del daño alegado por el demandante —§ 38— (10).

Igualmente, considera correcta la apreciación del tribunal de apelación en cuanto a que, en defecto de pruebas *prima facie*, el demandante podía fundar la concurrencia del requisito en la existencia de una presunción de daño derivada de la actuación del cártel —§ 39—: con arreglo a la máxima de experiencia aceptada por la jurisprudencia del BGH y que se justifica por el tribunal de apelación, los cárteles a menudo contribuyen a generar precios más elevados que los que se hubieran producido de no haber existido —§ 40—. La descripción fáctica contenida en la Decisión permite sostener esa presunción —§ 41— en la medida en que, aunque no existió colusión sobre los precios netos de venta —§ 46—, los eventuales aumentos de precios brutos sí pudieron tener, al menos, una influencia potencial sobre los precios de transacción individuales —específicamente, § 48 y, de manera más general, §§ 42 a 48—.

El BGH advierte que esta máxima de experiencia no puede imponerse a las conclusiones que aporte la ciencia o técnica económica a través de los correspondientes informes, y ello en la medida que la aplicabilidad y alcance de

una máxima de experiencia dependen de en qué medida sus bases fácticas en un caso determinado pueden dar lugar a que la hipótesis presunta (en este caso, los cárteles causan precios más altos) sea más probable que una hipótesis alternativa. Un análisis técnico que ponga de manifiesto el carácter no apropiado o la falta de adecuación entre la base fáctica en un caso determinado y el hecho presumido privaría al indicio de todo valor.

Ahora bien, y llegados a este punto, el BGH considera que el tribunal de apelación incurre en un error jurídico tanto más relevante cuanto que se relaciona con un dato que se acepta como cierto: que los precios finales de mercado dependen de numerosos factores que no guardan relación con el cártel —§§ 47 y 60—, llegando a aceptar que la relación entre el precio bruto y el precio de mercado es variable y que no existe un «vínculo sistemático» entre uno y otro —§ 47—.

El error jurídico en el que incurre el tribunal de apelación es doble, y tiene que ver tanto con el proceso de valoración de la prueba y el peso que se debe atribuir a la prueba de presunciones, por un lado, como con las reglas de la carga de la prueba, por otro.

Para justificar la existencia de ese error, el BGH parte de la premisa de que el análisis que debe llevar a cabo el tribunal para apreciar si existe una probabilidad suficiente de daño —insistimos en que en el proceso se trata tan sólo de establecer si concurren las bases para justificar una reclamación— es necesariamente un análisis contrafactual: se debe establecer una hipótesis de precios sobre la hipótesis de inexistencia del cártel para contrastar el resultado con los precios realmente pagados por los compradores. Y en ese análisis el tribunal debe tener en cuenta todas las circunstancias invocadas por las partes que efectivamente puedan considerarse relevantes y que concurren en el establecimiento del precio, en un sentido o en el contrario, y no sólo el presunto «efecto precio» que pudiera derivar de un cártel —§ 56—.

Y en este punto el BGH realiza un apunte fundamental en los §§ 57 y 58 de la sentencia: una cosa es el valor que cabe atribuir a una «prueba *prima facie*» y otra completamente diferente el que se puede atribuir a un mero indicio —«presunción fáctica o de hecho»— derivado de una máxima de experiencia que no tiene un valor específico —«abstractamente cuantificable», dice la sentencia del BGH— que le permita imponerse a las restantes circunstancias del caso concreto, sino que es puramente circunstancial y debe valorarse junto con todas las circunstancias del caso. Por otro lado, la concurrencia de esos indicios no altera las reglas de carga de la prueba: le corresponde al actor alegar todas las circunstancias relativas a la existencia de sobreprecio y al demandado las que lo contradigan, pero en el bien entendido de que «*La prueba indiciaria no será efectiva si, atendidos la totalidad de los hechos indiciarios acreditados o que — en ausencia de pruebas — hayan de presumirse y el peso que deba atribuirse a cada uno de ellos, subsisten al menos dudas acerca de que se haya producido el daño con [el grado de] probabilidad exigido por artículo 287 ZPO. A tal efecto no es necesario o exigible que la otra parte pruebe lo contrario, esto es, que aporte pruebas que permitan convencer al juez de que no se ha producido ningún perjuicio*» —§ 58 *in fine*—.

La existencia de un cártel puede derivarse a una máxima de experiencia que apunte a la posibilidad de un sobreprecio pero este indicio no adquiere una especial cualificación o valor probatorio

En definitiva, si bien de la existencia de un cártel puede derivarse una máxima de experiencia que apunte a la posibilidad de un sobreprecio, este indicio no adquiere una especial cualificación o valor probatorio, menos aun

cuando en la formación de los precios influyen múltiples factores ajenos al cártel, ni justifica tampoco una inversión de las reglas de la carga de la prueba.

Para el BGH, resulta claro que el tribunal de apelación dio al indicio que resulta de la existencia del cártel un valor desproporcionado y descontextualizado —dice literalmente el BGH en el § 66 de su sentencia que *«Como se desprende de otro pasaje de la sentencia de apelación, el tribunal de apelación parece asumir que la presunción de existencia de un daño derivado de las prácticas colusorias, una vez que se considera pertinente, tiene un fuerte valor indiciario con carácter general e independientemente de las circunstancias concretas de la infracción. Así, el tribunal afirma que la presunción de hecho tiene un importante efecto indiciario en el contexto de la libre valoración de la prueba, en la medida en que el demandante puede basarse en la presunción de que la creación del cártel le generó un perjuicio. Esto es, el tribunal concluyó erróneamente la existencia de un perjuicio para el demandante sobre la exclusiva base del "fuerte" peso que se atribuye en abstracto y con independencia de las circunstancias concretas a la presunción de hecho»*.

Por otro lado, el BGH también concluye que el tribunal de apelación pudo violar las reglas de la carga de la prueba. Concretamente, afirma en el § 69 que *«En este contexto, no puede descartarse que el tribunal de apelación haya partido de una distribución incorrecta de la carga de la prueba y haya asumido que el demandado tenía la carga de rebatir una presunción de hecho de existencia de efectos de las prácticas colusorias sobre los precios y, por tanto, de un perjuicio para el demandante y que, de no haberse considerado vinculado en tal sentido, pudiera haber llegado a una conclusión diferente»*.

Ciertamente, el BGH utiliza unas expresiones muy precavidas en la emisión de su juicio —*«no puede descartarse que el tribunal de apelación haya partido de una distribución incorrecta de la carga de la prueba»*—, aunque en el contexto de su razonamiento se hace claro, al menos así lo interpretamos, que efectivamente llega a la conclusión de que el tribunal de apelación incurrió realmente en una inversión indebida de la carga de la prueba. De hecho, la utilización por parte del tribunal de apelación de determinadas expresiones destacadas en la sentencia —*«las objeciones del demandado no eran capaces de debilitar el efecto de la presunción»* o que alguna alegación de la demandada *«no era adecuada para refutar la presunción»*—, explican «la preocupación» del BGH de que se haya producido una inversión indebida de la carga de la prueba —§ 65—.

En términos sintéticos, lo que el BGH concluye es que el tribunal de apelación apreció correctamente que los términos de la Decisión no permitían construir una presunción judicial sobre la existencia del daño y su relación con el cártel —no permitían construir una *«prueba prima facie»*— y, sin embargo, trató un simple indicio como una auténtica presunción judicial.

La consecuencia de todo ello es que la sentencia del tribunal de apelación es casada y dejada sin efecto para que vuelva a dictar otra sentencia en la que se respeten las reglas de la carga de la prueba y cuyas conclusiones fácticas en relación con la probabilidad de daño se obtengan después de haber tenido en cuenta todas las circunstancias del caso que el BGH detalla en los §§ 88 a 92 más todas las puestas de manifiesto por las partes, incluyendo las circunstancias alegadas por la demandada en cuanto a los cambios en la cuota de mercado durante la existencia del cártel que apuntan en la dirección de una menor afectación de la competencia.

e) Por último, el BGH sienta como doctrina, en interpretación de la normativa interna alemana, que la interrupción de la prescripción para el ejercicio de las acciones tuvo lugar una vez que la Comisión Europea inició las actuaciones para la investigación del cártel, con independencia del momento de la incoación formal del procedimiento —§§ 79 a 85—.

g) Aún cabe añadir un colofón, proporcionado por algunas resoluciones dictadas por los tribunales de instancia

alemanes a la luz de los criterios establecidos en la sentencia del BGH objeto de este comentario. Nos referimos a un auto del Tribunal Regional de Stuttgart de 21 de enero de 2021 (11) y una sentencia del Tribunal Regional de Nürnberg-Fürth de 14 de enero de 2021 (12).

El auto del Tribunal Regional de Stuttgart —es decir, el tribunal de primera instancia que dictó la primera sentencia en el procedimiento que ocupa este comentario— ha valorado el impacto de la sentencia del BGH en un asunto paralelo en el mismo tema del «cártel de los camiones». El impacto abunda en la línea de evidenciar el error en el que habían incurrido las sentencias de primera y segunda instancia en el asunto examinado por el BGH. Por un lado, ese tribunal ha dado a conocer que, en lo sucesivo, y aplicando las pautas proporcionadas por el BGH, no dictará sentencias meramente interlocutorias sobre las reclamaciones relacionadas con el asunto camiones, sino que decidirá sobre el fondo.

Por otro lado, y esto es realmente sintomático, el tribunal admite que no está en condiciones de establecer por sí mismo, dentro de la evaluación global requerida, si existe una probabilidad suficiente de que el demandante haya sufrido un daño si no es con el apoyo de peritos expertos. La valoración de la existencia del daño en el caso examinado por el tribunal sólo podrá llevarse a cabo después de que un perito nombrado por el propio tribunal realice una valoración exhaustiva global de los efectos generales del cártel, teniendo en cuenta las alegaciones de las partes, los informes aportados y las circunstancias y pautas marcadas por la sentencia del BGH. Será a partir de las conclusiones de ese dictamen que el tribunal podrá determinar en cada caso concreto, y según sus circunstancias, si realmente puede admitirse como probada la existencia de un daño.

En definitiva, este auto supone, no ya la aceptación de que la Decisión no proporciona los elementos propios de una «prueba *prima facie*» o presunción judicial cualificada, sino que la interpretación de los indicios —o meros indicios— no es asequible al tribunal sin el apoyo de expertos y debe llevarse a cabo mediante una prueba pericial. No parece necesario abundar en lo que creemos que es una consecuencia ineludible de la aplicación de las reglas de la carga de la prueba: de no ser esa prueba concluyente —o, como dice el BGH en el § 58 de su existencia, si «*subsisten al menos dudas acerca de que se haya producido el daño con [el grado de] probabilidad exigido por artículo 287 ZPO*»—, la aplicación de las reglas ordinarias de la carga de la prueba que el BGH también ha recordado en su sentencia —al actor le corresponde acreditar los elementos constitutivos de su pretensión— sería determinante de la desestimación de las demandas.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Regional de Nürnberg-Fürth, referida a un supuesto de compra de un camión por medio de un concesionario, desestima la demanda aplicando los criterios y las consecuencias derivadas de la sentencia del BGH: la Decisión no permite considerar la existencia de una «prueba *prima facie*» de sobreprecio ni, de hecho, de una «presunción fáctica» general de una relación causal entre un cártel en sentido ascendente y un nivel de precios o un aumento de precios en un mercado más descendente. La sentencia es explícita al concluir que: «*El demandante no se beneficia de las pruebas prima facie. Si el producto objeto del cártel no se compró directamente a uno de los participantes en el acuerdo de precios, sino a intermediarios independientes, no existe una presunción general —habida cuenta de la complejidad económica de la formación de los precios, del margen independiente de fijación de los mismos y de la diferente presión competitiva en los respectivos mercados descendentes— de que un aumento de los precios que se produzca en los mercados descendentes en relación con el cártel sea causalmente atribuible a éste*».

Y más adelante, la sentencia insiste en que es al actor a quien corresponde acreditar cómo un eventual incremento de precios derivados de la infracción puede haber influido negativamente en los precios pagados al concesionario. El tribunal no reputa suficiente, a estos efectos, el informe pericial de cuantificación del daño presentado por la demandante y concluye que, «*sin embargo, esta alegación sería necesaria porque, habida cuenta de la complejidad económica de la formación de los precios y de la diferente presión competitiva en los respectivos*

mercados descendentes, no se puede presumir que un (supuesto) aumento de los precios en los mercados descendentes que se produzca al mismo tiempo que la infracción sea causalmente atribuible a ésta».

V. Conclusiones

A modo de síntesis y cierre de este artículo, los aspectos más destacados de la sentencia que comentamos serían, a nuestro juicio, los que indicamos en las siguientes conclusiones, que no nos cansamos de insistir que deben situarse en el marco procesal que hemos apuntado en el epígrafe 2 del artículo:

a) Atendiendo a la fecha de actuación del cártel, la normativa aplicable para determinar la procedencia del derecho a una indemnización es la normativa nacional vigente al tiempo de la entrega del producto.

Como hemos señalado durante la exposición del contenido de la sentencia del BGH, esto supone, en una lectura en negativo, que el marco jurídico aplicable es «*pre Directiva*» —esto es, anterior a la Directiva 2014/104/UE— y que las reclamaciones deben resolverse aplicando una normativa nacional no armonizada en el caso concreto como, de hecho, viene haciéndose en España por los tribunales en este mismo asunto.

La Decisión de la Comisión Europea sancionó a las empresas implicadas por la constitución de un cártel de contenido complejo, diferente del típico «*hardcore cártel*»

b) La Decisión de la Comisión Europea sancionó a las empresas implicadas por la constitución de un cártel de contenido complejo, diferente del típico «*hardcore cártel*» o «cartel duro» de fijación de precios.

c) El alcance vinculante de la Decisión, siempre con arreglo a la jurisprudencia del BGH, se extiende tanto a su parte resolutive como a los *principales motivos determinantes* de la decisión final, tanto en los aspectos fácticos constitutivos de la infracción como en los jurídicos.

d) Cabe aceptar la concurrencia de un indicio de posibilidad de daño —sobrepeso— en caso de que se compruebe la existencia de un cártel con arreglo a una máxima de experiencia.

e) Este indicio, sin embargo, no tiene ni el alcance ni el peso de una «prueba *prima facie*» —presunción judicial cualificada— y ha de ser considerado como un elemento circunstancial más junto con el resto de las circunstancias que concurren en el supuesto.

Esta circunstancia se hace tanto más evidente en el supuesto analizado, en el que se asume que la formación de los precios finales resulta de un conjunto de factores que no guarda relación con el eventual «efecto precio» del cártel, sin que exista una «conexión sistemática» entre precios brutos y precios netos. Por otro lado, contextualizando esta conclusión con referencia al plano español, y aunque el BGH no se refiere a la doctrina *ex re ipsa* ni utiliza esa expresión, sí que resulta claro que niega que, en el supuesto analizado, concurren los elementos que nuestro Tribunal Supremo considera para aplicar esa doctrina: la existencia de un cártel es considerado un indicio circunstancial, no cualificado, que debe considerarse junto con todas las circunstancias relevantes que influyen en la formación de los precios o una efectiva competencia —como las circunstancias específicas de las negociaciones con los demandantes— o que revelan que existió una competencia efectiva —como la evolución de las cuotas de mercado—. Bajo esas consideraciones, faltarían los presupuestos lógicos que permitirían afirmar

que la sola existencia de un cártel «habla por sí misma» —*ex re ipsa loquitur*— de la existencia de daño en un caso concreto.

f) Sin perjuicio de las limitaciones que suponen para el «indicio cártel» la apreciación amplia o de conjunto a la que hemos hecho referencia en el apartado anterior, los indicios decaerían ante una prueba técnica siempre que reúna dos condicionantes: que justifique que las bases fácticas de las que se parte no son apropiadas para hacer que el hecho presumido resulte más probable que el escenario que se justifica en el dictamen y que para ello se tenga en cuenta el alcance del cártel tal y como es interpretado por el BGH a partir de la Decisión de la Comisión Europea.

g) El indicio de sobreprecio derivado de la existencia del cártel, por su entidad real, no es equiparable en sus efectos a una «prueba *prima facie*» de la que resulte, siquiera sea *de facto*, una inversión de la carga de la prueba respecto de su régimen ordinario. Reiterando lo dicho por el BGH, el valor de los indicios decaerá si «*subsisten al menos dudas acerca de que se haya producido el daño con [el grado de] probabilidad exigido por artículo 287 ZPO. A tal efecto no es necesario o exigible que la otra parte pruebe lo contrario, esto es, que aporte pruebas que permitan convencer al juez de que no se ha producido ningún perjuicio*».

Nuevamente, y contextualizando estas afirmaciones en el caso español en un momento, permítase decirlo así, «*pre Directiva*» —esto es, anterior a la Directiva 2014/104/UE—, cabría afirmar que estas conclusiones son perfectamente trasladables al régimen de carga de prueba y de las presunciones judiciales establecido en los arts. 271 y 386 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil. Con arreglo a estas conclusiones, no cabría derivar de este indicio una presunción *iuris tantum* de existencia del daño en tanto que cabría excluir la existencia de un enlace preciso y directo entre el hecho base —infracción— y el hecho presunto o presumido —el daño causalmente vinculado a la infracción— según las reglas del criterio humano, y menos aún una presunción, que en la práctica operaría como *iuris et de iure*, que impidiese al demandado discutir la existencia del daño y que limitase la posibilidad de oposición tan sólo a la cuantificación de un daño que se da por irrefutable.

Queda por conocer cómo impactará definitivamente la doctrina establecida por el BGH en los procedimientos que actualmente se tramitan ante los tribunales de instancia alemanes, una vez que ha quedado confirmado que no concurren los elementos que pueden justificar una «prueba *prima facie*» y que la conclusión sobre si realmente los demandantes han sufrido un daño no puede derivarse meramente de la existencia de un cartel como el que fue sancionado con la Decisión, sino de un conjunto amplio de circunstancias sobre las que, visto su contenido, parece muy difícil que un tribunal pueda establecer conclusiones si no es con el apoyo de la opinión de peritos expertos. El auto del Tribunal Regional de Stuttgart de 21 de marzo de 2021 confirma esta conclusión y ofrece un indicio claro sobre cuál puede ser ese impacto.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Regional de Nürnberg-Fürth también parece ofrecer un indicio sobre cómo pueden interpretar los tribunales alemanes las consecuencias, de la perspectiva de las reglas de la carga de la prueba, de la falta de una prueba pericial concluyente sobre la existencia de un sobreprecio —y a reserva, naturalmente, de las eventuales discrepancias entre tribunales que puedan producirse—: de no ser esa prueba concluyente —o, como dice el BGH en el § 58 de su existencia, si «*subsisten al menos dudas acerca de que se haya producido el daño con [el grado de] probabilidad exigido por artículo 287 ZPO*»—, la aplicación de las reglas ordinarias de la carga de la prueba que el BGH también ha recordado en su sentencia —al actor le corresponde acreditar los elementos constitutivos de su pretensión— sería determinante de la desestimación de las demandas.

- (1) Las opiniones que puedan expresar los autores en el artículo son estrictamente personales y no necesariamente se corresponden con las propias de la Firma en el asesoramiento que prestan a sus clientes.

Ver Texto

- (2) *Vid.* sobre estas cuestiones, M. Vollkommer, § 304, Núm. marginal 7, en R. Zöller, ZPO, Otto Verlag, Colonia, 28 Ed., 2010.

Ver Texto

- (3) En nuestra doctrina puede encontrarse un estudio detallado en Á. Luna Yerga, «La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria», *Culpa y causalidad*, Madrid, Thomson/Civitas, 2004, págs. 275 y ss.; y de manera más resumida en J. Solé Feliu, «Mecanismos de flexibilización de la prueba de la culpa y del nexo causal en la responsabilidad civil médico-sanitaria», *Revista de Derecho Civil*, vol V, núm. 1 (enero-marzo 2018), págs. 72 y ss.

Ver Texto

- (4) La expresión se recoge en una docena de sentencias dictadas entre los años 1998 y 2008, en su mayor parte ponencias de los magistrados Juan Antonio Xiol Rios y Xabier O'Callaghan Muñoz, y prácticamente se reduce a un párrafo repetido como cláusula de estilo para enlazar doctrinas de otros ordenamientos con la doctrina propia de nuestro Tribunal Supremo, indicando de manera específica la correspondencia entre las doctrinas «prueba *prima facie*» y «*ex re ipsa loquitur*»:

«La responsabilidad médica del demandado deriva esencialmente de la doctrina del resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor, que ha sido consagrada por la jurisprudencia de esta Sala en numerosas sentencias: de 13 de diciembre de 1997, 9 de diciembre de 1998, 29 de junio de 1999, 9 de diciembre de 1999 y 30 de enero de 2003, que dice esta última que el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del mismo, que corresponde a la regla "res ipsa loquitur" (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla "Anscheinsbeweis" (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la "faute virtuelle" (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción.»

Son ejemplos de estas sentencias la 63/2003, de 31 de enero —recurso de casación 1897/1997— o la 1152/2002, de 29 de noviembre —recurso de casación 1270/1997—.

Ver Texto

- (5) Entre nosotros lo mantiene así, interpretando la doctrina alemana, Santos Briz, Jaime, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo VI, Madrid, Trivium, 1995. pág. 1387.

Ver Texto

- (6) Con arreglo a Luna Yerga, *opus cit.*, El Tribunal Supremo del Reich —Reichsgericht— aplicó por primera vez la *Anscheinsbeweis* en 1900 (RG JW 1900, pp. 665-666) como una regla sobre carga de la prueba, aunque a partir de la decisión de 23 de noviembre de 1930 —RGZ 134, 237 (243); Greger, VersR 1980, 1091, 1098— la consideró una regla sobre valoración de la prueba, que es la consideración que actualmente sostiene el Tribunal Supremo Federal alemán (*Bundesgerichtshof* —BGH —)

Ver Texto

- (7) Así lo reconoce Luna Yerga no obstante no ser partidario de la opinión de que la «prueba *prima facie*» determine un supuesto de inversión de la carga de la prueba: «Salvo en el objeto de la prueba *prima facie*, que se proyecta, según los casos, sobre la culpa o la causalidad, no existen mayores diferencias entre una y otra forma de este instrumento. Así, los efectos de una y otra en el proceso son los mismos: constituyen aligeraciones o facilitaciones de prueba basadas en presunciones judiciales —de culpa o causalidad— calificadas, que no alcanzan la rigurosidad de una inversión de la carga de la prueba —aunque los efectos prácticos, en muchos casos y como ya hemos visto, sean los mismos—, y que pueden ser desvirtuadas tanto mediante lo que en sede de presunción judicial hemos denominado *contraprueba* como mediante la demostración de la existencia de otra causa probable de la producción del daño por la cual no se deba responder», *opus cit.*

Ver Texto

(8) *Vid.* apartado 2 del artículo respecto la configuración del procedimiento.

[Ver Texto](#)

(9) Art. 33, inciso 1 GWB (Ley de Defensa de la Competencia) de 1999, art. 33.3.1 GWB 2005 y art. 823.2 BGB (Código Civil).

[Ver Texto](#)

(10) Para contextualizar esta afirmación del BGH, es conveniente tener presente su jurisprudencia, porque la afirmación que realiza el BGH en cuanto al acierto del tribunal de apelación al excluir la posibilidad de apreciar una «prueba *prima facie*» aparece expresada de manera directa y sin apenas explicación. Muy probablemente, ello se deba a los términos explícitos y conocidos de esa jurisprudencia.

En primer lugar, la jurisprudencia del BGH excluye que puedan considerarse «pruebas *prima facie*» para la determinación de daños en todo tipo de cárteles, incluidos los supuestos de *hardcore cartel*. Una muestra significativa de esa jurisprudencia la ofrece la sentencia del BGH 11 de diciembre de 2018, procedimiento KZR 26/17, en el asunto del «cártel de las vías férreas», relativo a un cártel «de precios, de cuotas y de protección de la clientela» (§§ 46 y 53 de la sentencia). Tal y como razona el BGH en esa sentencia, la aplicación de la «prueba *prima facie*» requiere, por lo general, moderación, ya que exige que dicha prueba tenga un cierto carácter típico. «*Un desarrollo de los hechos sólo puede considerarse típico si se produce con tanta frecuencia que la probabilidad de que se dé ese caso es muy grande*» (§ 50 de la sentencia). La posibilidad de que los acuerdos anticompetitivos tengan un efecto sobre los precios, y en qué medida, está influido por un gran número de factores, como el número de empresas implicadas en los acuerdos, la cuota de cobertura del mercado o el grado de disciplina del cártel, factores que, además pueden estar sujetos a cambios considerables durante un largo período de tiempo (§57 de la sentencia), siendo este conjunto de circunstancias lo que excluyen la tipicidad en los supuestos de acuerdos anticompetitivos.

Por otro lado, y desde otra perspectiva, la jurisprudencia del BGH no sólo establece esa conclusión (la no aplicación de la prueba «*prima facie*») respecto de «comprador directo», sino que, con mayor razón (*a fortiori*) la establece también para los supuestos de «compradores indirectos» (a través de concesionarios): con arreglo a esa jurisprudencia, para que las reclamaciones de «compradores indirectos» sean viables es necesario probar que efectivamente el concesionario repercutió en su precio final el posible sobreprecio relacionado con el cártel, correspondiendo la carga de la prueba de la repercusión al comprador (sentencia del BGH de 28 de junio de 2011, procedimiento KZR 75/10).

Un ejemplo de esta doctrina aplicada al caso del «cártel de los camiones» lo proporciona la sentencia del Tribunal Regional de Nürnberg-Fürth de 14 de enero de 2021 (procedimiento 19 O 4274/19) a la que nos referimos más adelante.

[Ver Texto](#)

(11) Auto del Tribunal Regional de Stuttgart de 21 de enero de 2021 —procedimiento 30 O 254/17—.

[Ver Texto](#)

(12) Sentencia del Tribunal Regional de Nuremberg de 14 de enero de 2021 —procedimiento 19 O 4274/19—.

[Ver Texto](#)