

Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 7 de Noviembre de 2013
(rec.2472/2011)

Encabezamiento
SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Noviembre de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen, los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación núm. 2472/2011, interpuestos por las entidades "NESTLÉ ESPAÑA, S.A.", "PRODUCTOS DEL CAFÉ, S.A.", "HELADOS Y POSTRES, S.A.", "CHOCOLATES HOSTA DULCINEA, S.A.", "ZAHOR, S.A.", "MAZAPANES DONAIRE, S.L.", "LU BISCUITS, S.A.", "CHOCOLATES TORRAS, S.A.", "ARLUY, S.L.", "CHOCOVIC, S.A.", "LA CASA, S.A.U.", "PRODUCTOS MAURI, S.A.", "DELAVIUDA ALIMENTACIÓN, S.A." y "WRIGLEY CO, S.A.", representadas ante esta Sala por el Procurador D. Cesáreo Hidalgo Senén, contra la *Sentencia núm. 370/2011, de 3 de octubre, dictada por la sección octava de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación n.º 370/2010*, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 735/2007, seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Madrid. Ha sido parte recurrida la entidad "EBRO PULEVA, S.A.", actualmente "EBRO FOODS, S.A.", representada por la Procuradora D.ª Consuelo Rodríguez Chacón.

ANTECEDENTES DE HECHO
Tramitación en primera instancia

PRIMERO .- D. Cesáreo Hidalgo Senén, en nombre y representación de "NESTLÉ ESPAÑA, S.A.", "PRODUCTOS DEL CAFÉ, S.A.", "HELADOS Y POSTRES, S.A.", "CHOCOLATES HOSTA DULCINEA, S.A.", "ZAHOR, S.A." "MAZAPANES DONAIRE, S.L.", "LU BISCUIT, S.A.", "CHOCOLATES TORRAS, S.A.", "ARLUY, S.L.", "CHOCOVIC, S.A.", "LA CASA, S.A.U.", "PRODUCTOS MAURI, S.A.", "DELAVIUDA ALIMENTACIÓN, S.A." Y "WRIGLEY CO, S.A.", presentó en el Decanato de los Juzgados de Madrid, con fecha 20 de abril de 2007, demanda de juicio ordinario contra la entidad "EBRO PULEVA, .SA.", que una vez repartida, tuvo entrada en el Juzgado de Primera Instancia núm. 50 y fue registrada con el núm. 735/2007, cuyo suplico decía: «[...] dicte sentencia por la que:

»A) Se declare que la entidad mercantil demandada es responsable de los daños sufridos por mis mandantes como consecuencia de la concertación de precios por ella llevada a cabo con el resto de azucareras en el período comprendido de febrero de 1995 a septiembre de 1996.

»B) Se condene a la demandada a pagar a mis representadas las siguientes cantidades:

- 1º) NESTLÉ ESPAÑA, S.A.: 1.548.828,39.-euros.
- 2º) PRODUCTOS DEL CAFÉ, S.A.: 19.881,94.-euros.
- 3º) HELADOS Y POSTRES: 149.207,66. euros.
- 4º) CHOCOLATES HOSTA DULCINEA, S.A.: 774.957,00.-euros.

- 5º) ZAHOR, S.A.: 3.802,59.-euros.
- 6º) MAZAPANES DONAIRE, S.L.: 27.428,10.-euros.
- 7º) LU BISCUITS, S.A.: 191.674,35.-euros.
- 8º) CHOCOLATES TORRAS, S.A. : 18.608,72.-euros.
- 9º) ARLUY, S.L.: 45.089,76.-euros.
- 10º) CHOCOVIC, S.A.: 448.188,58.-euros.
- 11º) LACASA, S.A.U.: 76.109,09.-euros.
- 12º) PRODUCTOS MAURI, S.A.: 8.305,27.-euros.
- 13º) DELAVIUDA ALIMENTACIÓN, S.A.: 90.177,17.-euros.
- 14º) WRIGLEY CO, S.A.: 702.950,95.-euros.

»C) Se condene a la demandada al pago de los intereses legales devengados por las sumas anteriores desde la interpelación judicial hasta su completo pago.

»D) Se condene a la demandada al pago de la totalidad de las costas que resulten causadas en este juicio.»

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó emplazar a la demandada para su contestación.

La Procuradora D.^a Consuelo Rodríguez Chacón, en nombre y representación de la entidad "EBRO PULEVA, S.A.", contestó a la demanda y suplicó al Juzgado: «[...] desestime las pretensiones de las demandantes con imposición de las costas de este proceso.»

TERCERO.- La Magistrado- *Juez de Primera Instancia núm. 50 de Madrid dictó la Sentencia núm. 59/2010, de 1 de marzo*, con la siguiente parte dispositiva: «Fallo: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Nestlé España S.A., Productos del Café S.A., Helados y Postres, Chocolates Hosta Dulcinea S.A., Zahor S.A., Mazapanes Donaire S.L., LU Biscuits S.A., Chocolates Torras S.A., Arluy S.L., Chocovic S.A., Lacasa S.A.U., Productos Mauir S.A.; Delaviuda Alimentación S.A. y Wrigley CO S.A. representadas por el Procurador D. Cesáreo Hidalgo Senen contra Ebro Puleva S.A. debo condenar y condeno a la entidad demandada a abonar a las entidades demandantes las cantidades respectivas de 774.414, 19 euros, 9.940,97 euros, 74.603,83 euros, 387,478,5 euros, 1.901,29 euros, 13.714,05 euros, 95.837,17 euros, 9.304,36 euros, 22.544,88 euros, 224.094,29 euros, 38.054,54 euros, 4.152,63 euros, 45.088,58 euros, y 351.475,47 euros, más los intereses legales desde la interpelación judicial, debiendo cada parte abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.»

Tramitación en segunda instancia

CUARTO.- La Sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por

ambas partes.

De la interposición de los recursos de apelación formulados se dio traslado a las partes contrarias, quienes manifestaron su oposición mediante la presentación de los correspondientes escritos.

QUINTO.- La *resolución del recurso de apelación correspondió a la sección octava de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 370/2010* , y tras seguir los correspondientes trámites dictó la *Sentencia núm. 370/2011, de 3 de octubre* , cuya parte dispositiva disponía: «Fallamos: Que estimando el recurso interpuesto por la representación procesal de la demandada EBRO PULEVA, S.A. (actualmente EBRO FOODS, S.A.) y desestimando el interpuesto en nombre y representación de las mercantiles demandantes "NESTLÉ ESPAÑA, S.A."; "PRODUCTOS DEL CAFÉ, S.A."; "HELADOS Y POSTRES, S.A."; "CHOCOLATES HOSTA DULCINEA, S.A."; "ZAHOR, S.A."; MAZAPANES DONAIRE, S.L."; "LU BISCUIT, S.A."; "CHOCOLATES TORRAS, S.A."; "ARLUY, S.L."; "CHOCOVIC, S.A."; "LA CASA, S.A.U."; "PRODUCTOS MAURI, S.A."; "DELAVIUDA ALIMENTACIÓN, S.A." y "WRIGLEY CO, S.A." contra la *sentencia de fecha 1 de marzo de 2010* dictada en los autos de juicio ordinario seguidos, con el nº 735/07, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 50 de los de Madrid, debemos revocar y revocamos dicha resolución, dejándola sin efecto, y en su lugar, desestimando la demanda promovida en nombre de las entidades antes citadas, debemos absolver y absolvemos de la misma a la demandada EBRO PULEVA, S.A. (actualmente EBRO FOODS, S.A.) con imposición a las demandantes de las costas causadas en la instancia; sin hacer expreso pronunciamiento de las causadas en esta alzada por el recurso interpuesto por la demanda e imponiendo a las actoras las costas causadas por su recurso.»

Interposición y tramitación de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación

SEXTO.- La representación procesal de la entidad "NESTLÉ ESPAÑA, S.A." y el resto de demandantes interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la *Sentencia núm. 370/2011, de 3 de octubre, dictada, en apelación, por la sección octava de la Audiencia Provincial de Madrid* .

El recurso extraordinario por infracción procesal se interpuso con base en los siguientes motivos:

» Primer motivo de infracción procesal.- Al amparo del *artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* por infracción de lo dispuesto en el *artículo 222.4 del mismo texto legal* , referido a la cosa juzgada material, en relación con el *artículo 24 de la Constitución española* y con el *artículo 118 de la misma Carta Magna* .

» Segundo motivo de infracción procesal.- Al amparo del *artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* por vulneración de lo dispuesto en el *artículo 319.1º del mismo texto legal* , en relación con el 317.1º, referidos a la fuerza probatoria de los documentos públicos.

» Tercer motivo de infracción procesal.- Al amparo del *artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* por infracción del *artículo 217.1 del mismo texto legal* referido a la distribución de la carga de la prueba.

» Cuarto motivo de infracción procesal.- Al amparo del *artículo 469.1.2º de la*

Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del *artículo 217.3 del mismo texto legal* .

» Quinto motivo de infracción procesal.- Al amparo del *artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* por infracción por aplicación errónea o indebida del *artículo 217.6 del mismo texto legal* .

» Sexto motivo de infracción procesal.- Al amparo del *artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* por infracción de lo dispuesto en el *artículo 218.1 del mismo texto legal* .

» Séptimo motivo de infracción procesal.- Al amparo del *artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* por infracción del *artículo 386.2 del mismo texto legal* , sobre presunciones judiciales, en relación al *artículo 24 de la Carta Magna* .

» Octavo motivo de infracción procesal.- Al amparo del *artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* por vulneración del *artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , en relación al *artículo 24 de la Constitución española* .

» Noveno motivo de infracción procesal.- Al amparo del *artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* por vulneración del *artículo 24 de la Constitución española* , se denuncia la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva.»

El recurso de casación se fundamentó con base en los siguientes motivos:

» Primer motivo de casación.- Infracción del *artículo 1.902 del Código Civil* , en relación con el *artículo 1.089 del mismo texto legal* .

» Segundo motivo de casación.- Infracción del *artículo 1.101 del Código Civil* , en relación con el *artículo 1.089 del mismo texto legal* .

» Tercer motivo de casación.- Vulneración por inaplicación de la doctrina jurisprudencial de los actos propios (contenida, entre otras muchas, en sentencias del Alto Tribunal de 7 de mayo de 2010 y 21 de abril de 2006), en relación con el *artículo 7 del Código Civil* .

» Cuarto motivo de casación.- Vulneración por aplicación indebida de la doctrina jurisprudencial de los actos propios (contenida, entre otras muchas, en sentencias del Alto Tribunal de 7 de mayo de 2010 y 21 de abril de 2006), en relación con el *artículo 7 del Código Civil* .

» Quinto motivo de casación.- Infracción por inaplicación del *artículo 13.2 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia* , en la redacción que tenía en el momento de interponerse la demanda inicial.

» Sexto motivo de casación.- Infracción por inaplicación del Libro Blanco sobre "Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia."

SÉPTIMO.- La Audiencia Provincial remitió las actuaciones a esta Sala, con emplazamiento de las partes. Recibidas dichas actuaciones y personadas las partes a través de los Procuradores reseñados en el encabezamiento de esta resolución, se dictó Auto de 9 de abril de 2013, cuya parte dispositiva decía: «La Sala acuerda:

»1º) Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de "Nestlé España, S.A.", "Productos del Café, S.A.", "Helados y Postres, S.A.", "Chocolates Hosta Dulcinea, S.A.", "Zahor, S.A." "Mazapanes Donaire, S.L.", "Lu Biscuit, S.A.", "Chocolates Torras, S.A.", "Arluy, S.L.", "Chocovic, S.A.", "La Casa, S.A.U.", "Productos Mauri, S.A.", "Delaviuda Alimentación, S.A." y "Wrigley CO, S.A.", contra la *sentencia dictada, el día 3 de octubre de 2011, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8.ª), en el rollo de apelación n.º 370/2010*, dimanante del juicio ordinario n.º 735/2007 del Juzgado de Primera Instancia n.º 50 de Madrid.

» 2º) Dése traslado por el secretario de la Sala del escrito de interposición de los recursos, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personadas ante esta Sala, para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría de la Sala.»

OCTAVO.- La representación procesal de la entidad "EBRO FOODS, S.A." se opuso a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos de contrario.

NOVENO.- Se tuvo por formalizada la oposición y al no haber solicitado todas las partes la celebración de vista, quedó el recurso pendiente de vista o votación y fallo.

DÉCIMO.- Se designó Magistrado Ponente a D. Isaac y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 18 de septiembre de 2013.

D. Isaac , de conformidad con el *artículo 102 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 221 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* , comunicó su abstención, por concurrir las causas previstas en el *artículo 219, apartados noveno y décimo de la mencionada Ley Orgánica*. Se suspendió la votación y fallo y se acordó efectuar nuevo señalamiento a la mayor brevedad.

UNDÉCIMO.- Mediante providencia de 29 de julio de 2013, se nombró Magistrado Ponente al que lo es en este trámite, señalándose para votación y fallo el 10 de octubre del mismo año.

DUODÉCIMO.- Habiendo observado el ponente que no se había dictado resolución en relación con la abstención del Excmo. Sr. Magistrado D. Isaac , mediante providencia de 22 de octubre de 2013, acordó dar traslado a los Procuradores de las partes para que se pronunciaran sobre si consideraban procedente que se dictara auto de nulidad de actuaciones y se retrotrajeran las actuaciones al momento en que debería haberse resuelto la solicitud de abstención, o, por el contrario, estimaban suficiente que se resolviera sobre dicha abstención, sin anular ni retrotraer las actuaciones.

Los Procuradores de ambas partes manifestaron que consideraban suficiente se resolviera sobre la abstención sin anular ni retrotraer las actuaciones.

Mediante auto de 30 de octubre de 2013, se acordó la abstención del Excmo. Sr. Magistrado D. Isaac en el presente recurso.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena, Magistrado

de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Antecedentes del caso

Los hechos e hitos procesales relevantes para la resolución de los recursos son los que a continuación se exponen de modo resumido.

1.- Como consecuencia de la denuncia interpuesta el 10 de septiembre de 1996 por la Asociación Profesional de Fabricantes de Galletas de España, la Asociación Española de Fabricantes de Caramelos y Chicles, la Asociación Española de Fabricantes de Chocolates y Derivados del Cacao, la Asociación Española de Panificación y Pastelería de Marca y la Asociación Española de Fabricantes de Turrone y Mazapanes ante el Servicio de Defensa de la Competencia contra las empresas azucareras españolas, por supuestas conductas prohibidas por los *artículos 1 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia* así como por los *artículos 85.1 y 86 del Tratado CEE*, consistente en concertación de los precios del azúcar, la modificación simultánea de los mismos y los repartos de clientes y geográfico del mercado, el Tribunal de Defensa de la Competencia dictó el 15 de abril de 1999 una resolución que ponía fin al expediente administrativo, en la que declaraba, entre otros extremos, «acreditada la realización de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el *artículo 1.1.a) de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia* y el *artículo 85.1 .a) del Tratado de la Unión Europea*, por parte de Ebro Agrícolas, Compañía de Alimentación, S. A., Sociedad General Azucarera, S. A., Sociedad Cooperativa General Agropecuaria (ACOR) y Azucareras Reunidas de Jaén, S. A. consistente en la concertación del precio de venta del azúcar para usos industriales desde febrero de 1995 a septiembre de 1996».

2.- El relato de hechos probados era, resumidamente, el siguiente: a partir del 4 de diciembre de 1986, como consecuencia de la aplicación en España de la normativa comunitaria relativa a la OCM en el sector del azúcar, todos los fabricantes de azúcar quedaron en total libertad para fijar sus precios atendiendo a sus propias estrategias y estructura de costes, y obligados, por tanto, a respetar las normas de competencia, en particular, la que prohíbe fijar concertadamente los precios. Hasta dicha fecha, los fijaba la Administración a partir de una propuesta de precios conjunta presentada por las empresas azucareras.

Sin embargo, durante los años 1995 y 1996 los precios del azúcar en España, anunciados y aplicados por todas las empresas azucareras, sufrieron variaciones uniformes en su cuantía y simultáneas en el tiempo.

En el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 1995 y el 1 de julio de 1996 las empresas azucareras de España, realizaron una política de concertación del precio del azúcar industrial. Los precios del azúcar en España, anunciados y aplicados por todas las empresas azucareras, sufrieron las siguientes variaciones, uniformes en su cuantía y simultáneas en el tiempo:

a) El 1 de febrero de 1995, las empresas azucareras procedieron a realizar una subida de 4 pta./Kg. de azúcar para usos industriales, El anuncio se realizó entre los días 16 y 18 de enero de 1995, con efectos en la misma fecha, y con la misma justificación.

b) Con efectos desde el 1 de abril de 1995, las empresas azucareras anunciaron

una nueva elevación colectiva de los precios en 4 ptas. por Kg. de azúcar de uso industrial.

c) Posteriormente, el 21 de julio de 1995, se aprobó el Reglamento 1766/95 de la Comisión, por el que se fijaban los tipos de conversión agraria, procediéndose a una modificación de la paridad de la peseta con el ECU verde, situándose en 165,198 pta./ECU. En estas condiciones, y al no haberse modificado el precio de intervención, situado en 113,161 pta. por kilogramo, las empresas azucareras procedieron a anunciar una reducción de precios con efecto de 1 de septiembre de 1995, todas ellas por importe de 2 pta. por Kg. de azúcar para consumo industrial.

d) Siguiendo su anterior práctica, el 1 de mayo de 1996, las cuatro empresas azucareras procedieron a incrementar colectiva y coordinadamente el precio del kilogramo de azúcar en 1 pta.

e) Finalmente, el 1 de julio de 1996 se produjo una reducción sustancial en la cotización para el reparto de los gastos de almacenamiento en el sector del azúcar (Reglamento CE nº 1239/96, de la Comisión, de 28 de junio de 1996). Esta rebaja fue de 11,2 ECU/Tm, pasando a 25 ECU/Tm. Esto implicaba una reducción del precio efectivo de intervención del azúcar, que pasó a ser de 111,31 ptas./kg. a partir del 1 de julio de 1996. Aunque ello supuso un incremento del 13,5 por ciento en el margen de las empresas azucareras, no se produjo modificación alguna en las tarifas aplicadas por estas empresas, que mantuvieron precios de tarifa superiores al precio de Intervención que pasó a ser un 15,89 por ciento.

3.- En tal resolución se impuso a las citadas compañías azucareras multas por importe de 827 millones de pesetas, 370 millones de pesetas, 151 millones de pesetas y 107 millones de pesetas, respectivamente.

La resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia fue recurrida tanto por las asociaciones denunciadas como por las entidades denunciadas, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

4.- La Sección 6ª de dicha Sala, en sentencia de 13 de septiembre de 2002, desestimó el recurso interpuesto por la entidad "AZUCARERA EBRO AGRÍCOLAS, S.A." (al iniciarse el litigio, "EBRO PULEVA, S.A.", actualmente, "EBRO FOODS, S.A.", en lo sucesivo será nombrada como EBRO PULEVA), ratificando la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia.

5.- Contra esta sentencia EBRO PULEVA interpuso recurso de casación, que fue resuelto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del *Tribunal Supremo, Sección 3ª, en sentencia de 26 abril 2005*, en el sentido de declarar no haber lugar al recurso.

6.- Las hoy recurrentes interpusieron la demanda origen de estas actuaciones contra EBRO PULEVA el 26 de abril de 2007. En ella fundamentaban la acción que ejercitaban en lo previsto en el *art. 13.2 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia* y el *art. 1902 del Código Civil*. Solicitaban se declarase a EBRO PULEVA responsable de los daños sufridos por las demandantes como consecuencia de la concertación de precios llevada a cabo con el resto de azucareras en el período comprendido de febrero de 1995 a septiembre de 1996 y se le condenara a indemnizarles en las cantidades en las que cuantificaban los daños causados por la concertación de precios acordada ilícitamente con las demás azucareras, calculadas sobre la base del sobreprecio que pagaron a la demandante por el azúcar que le

compraron en dicho periodo.

La demandada se opuso a la demanda con base en motivos de distinta naturaleza, fundamentalmente, prescripción de la acción, inexistencia de daño por haber existido una negociación de precios, y por haber repercutido las demandantes la subida de precios a sus clientes, lo que consideraba constituía la llamada defensa "passing-on".

7.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó la excepción de prescripción, consideró que había existido daños por la subida de precios concertada entre la demandada y las demás empresas integrantes del cártel, negó que existiera prueba de la repercusión alegada y considerando los problemas existentes en la fijación exacta de la cuantía de los daños, tomando en consideración las manifestaciones de los peritos de una y otra parte, redujo a la mitad la indemnización solicitada por cada demandante.

8.- Tanto las demandantes como la demandada recurrieron en apelación la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. La Audiencia Provincial estimó el recurso de la demandada, revocó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y desestimó la demanda, por las razones que serán examinadas a lo largo de los siguientes fundamentos.

9.- Contra esta sentencia han interpuesto las demandantes recurso extraordinario por infracción procesal, articulado en torno a nueve motivos, y recurso de casación, con seis motivos.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.-Motivos primero y segundo de infracción procesal

1.- El primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se encabeza con la siguiente alegación: «Al amparo del *artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* por infracción de lo dispuesto en el *artículo 222.4 del mismo texto legal* , referido a la cosa juzgada material, en relación con el *artículo 24 de la Constitución española* y con el *artículo 118 de la misma Carta Magna* , ya que el derecho a la tutela judicial efectiva protege y garantiza la eficacia de cosa juzgada material, por cuanto la sentencia recurrida ha modificado, alterado y tergiversado varios de los hechos declarados probados por la *sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2005 ...*».

En síntesis, el motivo se basa en que la sentencia de la Audiencia Provincial no ha respetado las conclusiones y pronunciamientos de la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo que desestimó el recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia en cuestiones tales como (i) la subida de precios sufrida por las demandantes como consecuencia del cártel en el que participó EBRO PULEVA pues consideró que los precios que está cobró a las demandantes fueron el fruto de la negociación, (ii) la existencia y gravedad del daño causado por EBRO PULEVA a las demandantes, (iii) la existencia de un sobreprecio debido a la existencia del cártel, (iv) la práctica imposibilidad de importar azúcar y (v) la no repercusión de la subida de precios a los clientes.

2.- El segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se encabeza con el siguiente enunciado: «Al amparo del *artículo 469.1.4º de la Ley de*

Enjuiciamiento Civil por vulneración de lo dispuesto en el *artículo 319.1º del mismo texto legal*, en relación con el 317.1º, referidos a la fuerza probatoria de los documentos públicos, al haber ignorado la sentencia recurrida varios de los hechos probados y razonamientos jurídicos contenidos en la *sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2005 ...»*.

El motivo se fundamenta en que la sentencia de la Audiencia Provincial ha privado de fuerza probatoria a las sentencias judiciales dictadas en la vía contencioso-administrativa y llegado a conclusiones que las contradicen.

TERCERO.-Valoración de la Sala. La trascendencia de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia confirmada por la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y por la del Tribunal Supremo

1.- Aunque esta Sala consideró en un principio improcedente la alegación de cosa juzgada o de litispendencia respecto de litigios de otro orden jurisdiccional (*sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1986 y núm. 67/1998, de 6 de febrero, recurso núm. 11/1994*, entre otras), más adelante ha matizado dicha doctrina, en línea con la jurisprudencia constitucional.

2.- Conforme a lo declarado por las *sentencias de esta Sala núm. 23/2012, de 26 de enero, recurso núm. 156/2009*, y *núm. 532/2013, de 19 de septiembre, recurso núm. 2008/2011*, puede afirmarse que el *art. 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* se refiere a sentencias firmes dictadas por órganos de la jurisdicción civil cuando se trata de definir relaciones jurídicas de tal carácter, por lo que difícilmente puede atribuirse efectos de cosa juzgada, siquiera como prejudicial, a lo decidido por otras jurisdicciones. Únicamente en cuanto a la fijación de hechos puede producirse tal efecto, pues la circunstancia de que los hechos enjuiciados hayan sido objeto de un proceso ante otra jurisdicción no impide a los órganos del orden jurisdiccional civil examinarlos bajo el prisma del ordenamiento civil, teniendo que aceptar las conclusiones obtenidas en aquel proceso en aras del principio de seguridad jurídica.

3.- Entre las más recientes, la *sentencia del Tribunal Constitucional núm. 192/2009, de 28 de septiembre*, fija la doctrina de dicho tribunal sobre este extremo, declarando:

«Este Tribunal ha reiterado que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron no sólo es incompatible con el principio de seguridad jurídica (*art. 9.3 CE*), sino también con el derecho a la tutela judicial efectiva (*art. 24.1 CE*), pues no resultan compatibles la efectividad de dicha tutela y la firmeza de los pronunciamientos judiciales contradictorios (por todas, *STC 60/2008, de 26 de mayo*, F. 9). Igualmente se ha destacado que en la realidad histórica relevante para el Derecho no puede admitirse que unos hechos existen y dejan de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen principios elementales de lógica jurídica y extrajurídica, salvo que la contradicción derive de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas (por todas, *STC 109/2008, de 22 de septiembre* [*RTC 2008, 109*], F. 3).

»Asimismo, este Tribunal ha tenido la oportunidad de precisar que esto no implica que en todo caso los órganos judiciales deban aceptar siempre de forma mecánica los hechos declarados por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación

de los hechos debe ser motivada. Por ello, cuando un órgano judicial vaya a dictar una resolución que pueda ser contradictoria con lo declarado por otra resolución judicial debe exponer las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, tal contradicción no existe a su juicio, puntualizándose que si bien unas mismas pruebas pueden conducir a considerar como probados o no probados los mismos hechos por los Tribunales de Justicia, también lo es que, afirmada la existencia de los hechos por los propios Tribunales de Justicia, no es posible separarse de ellos sin acreditar razones ni fundamentos que justifiquen tal apartamiento (por todas, *STC 34/2003, de 25 de febrero*, F. 4)».

4.- Esta vinculación a los hechos considerados probados en anteriores resoluciones judiciales (en este caso, la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo que confirmó la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia) tiene mayor sentido aun en un sistema como el del *art. 13.2 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia*, que es calificado como de "follow on claims", en el que los perjudicados ejercitan la acción de indemnización de daños y perjuicios una vez que ha quedado firme la sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa que ha decidido si concurría la conducta ilícita por contravenir la Ley de Defensa de la Competencia, para lo cual era preciso partir de los hechos constitutivos de la conducta calificada como ilícita por anticompetitiva.

La empresa demandada ha tenido plenas posibilidades de defensa y las ha ejercitado tanto ante el Tribunal de Defensa de la Competencia que instruyó y resolvió el expediente administrativo como ante los órganos judiciales contencioso-administrativos ante los que recurrió, por lo que ninguna indefensión le produce la vinculación de la jurisdicción civil, en los términos que se ha expresado, a los hechos constitutivos de la conducta anticoncurrencial y la consideración de su gravedad, tal como han sido fijados por la sentencia firme recaída en vía contencioso-administrativa.

5.- En el caso objeto del recurso la Audiencia Provincial ha negado que se produjera la conducta de concertación de precios y consideró que los precios cobrados por EBRO PULEVA a las demandantes fueron el resultado de la negociación.

La *sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, Sección 3ª, de 26 de abril de 2005*, declaró sobre este particular, asumiendo lo afirmado por la sentencia de la Audiencia Nacional:

«Así pues, existen unos hechos indubitados, las subidas y bajadas de precios coincidentes en las cantidades y fechas de efectividad, realizadas por 4 empresas competidoras con diferentes costes de producción, corroborados por el intercambio de información, que no pueden entenderse sin un concierto o acuerdo entre ellas. Que no exista coincidencia en las fechas en que las empresas azucareras anunciaron esas variaciones, sino una diferencia de escasos días, no desvirtúa en absoluto la anterior conclusión, pues lo determinante de los acuerdos era la variación del precio y su fecha de aplicación, extremos en los que la coincidencia fue absoluta, careciendo de relevancia que las alzas y bajas en los precios se hicieran públicas por las empresas con escasos días de diferencia».

La sentencia de la Audiencia Provincial, al afirmar que los precios fueron el resultado de una negociación individual entre la demandada y cada una de las demandantes, contradice frontalmente los hechos fijados por la jurisdicción contencioso-administrativa y no contiene razonamientos que justifiquen

adecuadamente esta divergencia.

No es admisible la afirmación de la sentencia recurrida de que "el escenario en que se hizo aquel pronunciamiento [el del Tribunal de Defensa de la Competencia confirmado por la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo] y el presente son distintos" pues, se dice por la Audiencia, en aquel se partía de una concertación en la variación de los precios que impedía la libre competencia y en este los precios aplicados fueron distintos para cada demandante, de lo que deduce que hubo negociación entre las partes.

El escenario fáctico sobre el que se dictan las resoluciones de una y otra jurisdicción es, en cuanto a la existencia de una práctica restrictiva de la competencia, el mismo, porque en la jurisdicción civil se solicita la indemnización de los daños y perjuicios causados por el cártel cuya actuación fue el objeto de la sentencia dictada por la jurisdicción contencioso-administrativa, que enjuició la conducta anticoncurrencial desde el punto de vista del Derecho administrativo sancionador.

No se ha dado una explicación adecuada a la divergencia radical entre los hechos tomados en consideración entre una y otra sentencia. Que existiera cierta diferencia entre los precios cobrados por el azúcar a unos y otros demandantes no es relevante puesto que esa situación existía antes de las subidas de precios. Lo que fue concertado entre las empresas fabricantes de azúcar y constituyó la actuación del cártel fue la realización de sucesivas subidas, o el mantenimiento del precio, o realización de bajadas mínimas de precio, cuando los costes habían bajado sustancialmente para las fabricantes.

Esa es la práctica restrictiva de la competencia prohibida por la normativa tanto nacional como comunitaria, y esa es la base fáctica sobre la que ha de partirse para la resolución de la reclamación. La demandada concertó con las demás integrantes del cártel determinadas modificaciones de los precios del azúcar para uso industrial que hizo que tal precio fuera superior al que hubiera debido resultar del juego de la libre competencia por lo que hubo un aumento indebido en los costes que debieron soportar los fabricantes de productos elaborados con azúcar, que es justamente lo que constituye el daño.

Al no haberlo considerado así la Audiencia Provincial se ha cometido la infracción legal denunciada y ha de estimarse el primero de los motivos del recurso formulados.

6.- No obstante, no procede anular la sentencia recurrida por esta sola razón y dictar una nueva sentencia desde este momento, pues la consecuencia de tal infracción legal sería insuficiente para estimar la pretensión de las recurrentes. Para el éxito de su pretensión es necesario no solamente que haya existido una práctica de concertación de precios determinante de una elevación ilícita de los mismos, sino también que ese daño no haya sido repercutido por los compradores directos (que son los que en este caso formulan la demanda) a sus clientes.

Sobre este particular, la sentencia firme dictada en la jurisdicción contencioso-administrativa no tiene efectos vinculantes. Las consideraciones que en la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia y en las sentencias de la Audiencia Nacional y la Sala 3ª del Tribunal Supremo se hacen sobre este particular son inconcluyentes. Tanto las recurrentes como la recurrida descontextualizan algunas expresiones aisladas de dichas resoluciones y pretenden utilizarlas en apoyo de sus respectivas

tesis, pero sus alegaciones en tal sentido se muestran inconsistentes. Lo cual, por otra parte, es lógico pues la competencia del órgano administrativo y de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa que conocieron del recurso contra el acto de aquel no alcanzaba a la cuestión de la repercusión del daño por parte de los compradores directos a sus clientes, esto es, para dictar sus resoluciones, los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, al igual que el Tribunal de Defensa de la Competencia, no tenía que decidir quién había sufrido exactamente el daño y en qué medida. Esta cuestión es competencia exclusiva de la jurisdicción civil.

Se hace necesario seguir examinando los motivos de infracción procesal alegados.

CUARTO.-Motivos tercero a quinto de infracción procesal

1.- El tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se encabeza del siguiente modo: «Al amparo del *artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* por infracción del *artículo 217.1 del mismo texto legal* referido a la distribución de la carga de la prueba ...».

El cuarto motivo se encabeza con el siguiente párrafo: «Al amparo del *artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* por infracción del *artículo 217.3 del mismo texto legal ...*».

El quinto motivo se encabeza del siguiente modo: «Al amparo del *artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* por infracción por aplicación errónea o indebida del *artículo 217.6 del mismo texto legal ...*».

2.- En estos motivos las recurrentes denuncian la infracción de las reglas de la carga de la prueba enunciadas en distintos párrafos del *art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* . Alegan que la sentencia recurrida atribuye a las demandantes las consecuencias de la falta de la prueba sobre los hechos constitutivos de la defensa del "passing-on" (repercusión del daño), cuando la prueba de tal extremo incumbe a la parte demandada. Así resultaría del Libro Blanco sobre "Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia", de la circunstancia de haber sido la demandada quien había invocado dicho argumento defensivo (*art. 217.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*) y de la correcta aplicación de la regla sobre facilidad probatoria contenida en el último párrafo del *art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

3.- Asimismo las recurrentes critican que la sentencia apelada considere probada la repercusión de los precios excesivos por unos documentos presentados ante la Audiencia Nacional, en el proceso contencioso-administrativo sobre la sanción impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia a la demandada y a las demás integrantes del cártel del azúcar. Resaltan que la demandada no ha propuesto ninguna prueba dirigida a probar dicha repercusión de precios pues su informe pericial no examina tal cuestión ni propuso una prueba pericial judicial ni de otro tipo sobre tal extremo. También consideran improcedentes las consideraciones que la sentencia hace sobre las afirmaciones de la demanda sobre la conservación de documentos contables referidos al periodo en que se desarrolló la actividad del cártel. Y ponen de relieve que la demandada no propuso como prueba la exhibición de documentos contables para probar tal extremo.

QUINTO.- Valoración de la Sala. Admisibilidad de la defensa del

"passing-on". Carga de la prueba

1.- En los anteriores fundamentos hemos declarado que para la resolución del litigio ha de partirse de la existencia de la práctica restrictiva de la competencia consistente en las subidas concertadas de precios del azúcar vendido para uso industrial, y del daño que supone el pago de un precio superior al que debiera haber resultado del juego de la libre competencia.

Esto ha de enlazarse con el principio general del Derecho de la competencia de que cualquier persona tiene derecho a solicitar la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la competencia (*sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Pleno, de 20 de septiembre de 2001, caso Courage* , asunto C-453/99, y de la Sala Tercera , de 13 de julio de 2006, caso Manfredi , asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04).

Sentado lo anterior, para que los compradores directos no tengan derecho a ser indemnizados por este coste excesivo sería necesario probar que ese daño fue repercutido a terceros, concretamente a sus clientes (lo que en la terminología del Derecho de la competencia suele denominarse como mercados "aguas abajo").

Pese a la polémica existente sobre la idoneidad de este argumento defensivo (rechazado, por ejemplo, en la *sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 17 de junio de 1968 , Hanover Shoe Co. v. United Shoe Machinery Corp .* , 392 US 481 [1968]), los trabajos realizados en la Unión Europea (Libro verde, Libro blanco y propuesta de Directiva) admiten la oponibilidad de esta defensa, que ya ha sido admitida por el Tribunal de Luxemburgo en relación a la indemnización de daños y perjuicios por impuestos y cargas administrativas contrarios al Derecho comunitario.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que como excepción al principio de devolución de los tributos incompatibles con el Derecho de la Unión, la restitución de un tributo recaudado indebidamente podrá denegarse cuando dé lugar a un enriquecimiento sin causa del sujeto pasivo. La protección de los derechos garantizados en esta materia por el ordenamiento jurídico de la Unión no exige la devolución de los impuestos, derechos y gravámenes recaudados con infracción del Derecho de la Unión cuando se haya demostrado que la persona obligada al pago de dichos derechos o tributos los repercutió efectivamente sobre otros sujetos (*sentencia, de Pleno, de 14 de enero de 1997, caso Société Comateb y otros contra Directeur général des douanes et droits indirects* , asuntos acumulados C-192/95 a C-218/95; *sentencia, Gran Sala, de 6 de septiembre de 2011, caso Lady & Kid y otros contra Skatteministeriet* ; y *sentencia, Sala Séptima, de 16 de mayo de 2013, caso Alakor Gabonatermel   s Forgalmaz   Kft. contra Nemzeti Ad  -   s V  mhivatal   szak-alf  ldi Region  lis Ad   F  igazgat  s  ga* , asunto C-191/12).

A falta de una regulación comunitaria específica sobre el resarcimiento de daños y perjuicios en el Derecho de la competencia, la cuestión ha de resolverse aplicando las normas de Derecho interno. Conforme a este, es admisible que aquel a quien se reclama una indemnización de daños y perjuicios causados por un ilícito concurrencial oponga que quien realiza la reclamación no ha sufrido daño alguno pues lo repercutió "aguas abajo". Dado que la indemnización de los daños y perjuicios derivados de una práctica restrictiva de la competencia responde a criterios compensatorios y que también en este campo rige el principio que veda el enriquecimiento sin causa, no es razonable que se indemnice a quien no ha sufrido daño.

Se afirma en los trabajos realizados al respecto en la Unión Europea que la carga de la prueba de los hechos constitutivos del "passing-on" debe recaer sobre la empresa infractora, y que el nivel de la prueba para esta defensa no debería ser inferior al nivel impuesto al demandante para acreditar el daño.

A falta de normativa comunitaria que regule tal cuestión, en nuestro Derecho interno los criterios han de ser similares a los expuestos, por aplicación del *apartado tercero del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, al tratarse de hechos que impedirían la eficacia jurídica de los hechos constitutivos de la acción. Si los perjudicados por una conducta contraria al Derecho de la competencia ejercitan las acciones pertinentes para hacer efectivo su derecho a ser indemnizados por los daños sufridos como consecuencia de esa conducta ilícita, la carga de la prueba de los hechos que obstan el éxito de la acción corresponde al demandado que los alega.

2.- La Audiencia ha concluido que si bien en el año 1996 (la actuación del cártel se había prolongado durante los años 1995 y 1996) los productos elaborados con azúcar habían sufrido una disminución del precio, en 1997 se había producido una apreciable elevación de precio. Extrae tal conclusión, fundamentalmente, de un oficio remitido por el Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, a requerimiento del Juzgado. Tiene también en consideración que las asociaciones que formularon la denuncia ante el Tribunal de Defensa de la Competencia presentaron un escrito ante la Audiencia Nacional en el que afirmaban, entre otras cosas, que «los precios que mis mandantes -fabricantes de dulces- fijan para sus productos, se han visto hasta la fecha condicionados por prácticas restrictivas de competencia de los productores del azúcar, materia prima esencial [...] éstas deben trasladar el coste artificialmente alto del azúcar a sus productos, perdiendo competitividad y afectando a su imagen comercial...».

Como consecuencia de lo anterior considera que las demandantes han subido a su vez los precios a los clientes por lo que ha de considerarse probado el sustrato fáctico del "passing-on".

3.- La Sala considera que dicha conclusión no es acorde con el significado y alcance de la defensa del "passing-on" en el Derecho de la competencia.

Aunque en ocasiones, de un modo reduccionista, se habla del "passing-on" como simple repercusión de precios en el sentido de incremento del precios en el mercado "aguas abajo" en proporción al incremento de precios sufrido en el mercado "aguas arriba", en realidad lo que debe haberse repercutido a los clientes no es el tal incremento del precio sino el perjuicio económico derivado del mismo, el daño. La elevación de los precios de los productos que elaboraban las demandantes, que a su vez habían sufrido una elevación ilícita de los precios del azúcar utilizado para fabricarlos, es un requisito necesario para que la repercusión del daño haya tenido lugar, pero no es suficiente. Lo determinante es que el comprador directo frente al que se opone la defensa no haya sufrido daño porque lo haya logrado repercutir a terceros no demandantes.

Ya en el escrito que las asociaciones demandantes presentaron ante la Audiencia Nacional, algunos de cuyos pasajes reproduce la sentencia de la Audiencia Provincial, se afirmaba que el traslado del coste artificialmente alto del azúcar a los productos elaborados con dicha materia prima suponía una pérdida de competitividad y una afectación de la imagen comercial de las empresas fabricantes de productos derivados del azúcar.

Asimismo, en la propia resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia se afirmaba que esta elevación de precios perjudicaba la competitividad de la industria española del dulce, perjuicio que era especialmente grave a causa de la intensa actividad exportadora de la industria del dulce, lo que supone que difícilmente tendrá lugar el "passing-on", esto es, la repercusión del daño "aguas abajo".

Documentos de la Unión Europea, como la propuesta de Directiva relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (haciéndose eco de los trabajos anteriores), recogen esta afirmación fundamental respecto del funcionamiento de la libre competencia: es probable que el incremento del precio por parte del comprador directo ocasione una reducción del volumen de ventas por retraimiento de la demanda.

La jurisprudencia comunitaria ya había mantenido esta afirmación en relación a la defensa del "passing-on" frente a la reclamación de devolución de tributos y gravámenes contrarios al Derecho comunitario. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que incluso en el supuesto de que se demuestre que el tributo recaudado indebidamente ha sido repercutido sobre terceros, la devolución del mismo al agente económico no implica necesariamente un enriquecimiento sin causa de este último, ya que el hecho de incluir el importe de dicho tributo en los precios que practica puede ocasionarle un perjuicio relacionado con la disminución del volumen de sus ventas (*sentencia, de Pleno, de 14 de enero de 1997, caso Société Comateb y otros contra Directeur général des douanes et droits indirects* , asuntos acumulados C-192/95 a C-218/95; *sentencia, Sala Quinta, de 21 de septiembre de 2000, caso Kapniki Michailidis AE contra Idryma Koinonikon Asfaliseon (IKA*) , asuntos acumulados C-441/98 y C-442/98; *sentencia, Sala Quinta, de 2 de octubre de 2003, caso Weber's Wine World Handels-GmbH y otros contra Abgabenberufungskommission Wien* , asunto C -147/01; y *sentencia, Gran Sala, de 6 de septiembre de 2011, caso Lady & Kid y otros contra Skatteministeriet*).

Por tanto, en el caso de reclamación indemnización por los daños causados por la actuación del cartel consistente en la concertación del incremento de precios, no es suficiente probar que el comprador directo ha aumentado también el precio de sus productos. Es necesario probar que con ese aumento del precio cobrado a sus clientes ha logrado repercutir el daño sufrido por el aumento del precio consecuencia de la actuación del cártel. Si el aumento de precio no ha logrado repercutir todo ese daño porque se ha producido una disminución de las ventas (debido a que otros competidores no han sufrido la actuación del cártel y han arrebatado cuota de mercado, nacional o internacional, a quienes sí la han sufrido, o a que la demanda se ha retraído ante el aumento del precio, etc.), no puede estimarse la defensa del "passing-on" o no puede hacerse en su totalidad.

4.- No se ha practicado prueba adecuada para acreditar tal extremo, pues la prueba propuesta y practicada solo acredita extremos relativos a la repercusión del aumento del precio. La inactividad probatoria de la parte demandada sobre este particular ha sido casi absoluta por cuanto que partía de la base de que no había existido cártel y los precios habían sido negociados. Su propia perito, Sra. Julieta , reconoció que en el informe pericial no habían evaluado el daño ni la existencia de "passing-on". Y la prueba practicada a instancias de las demandantes tampoco permite considerar probada la repercusión del daño pues solo resultó probado que a los dos años del inicio de la actividad del cartel hubo una subida de precios de los productos de

los demandantes, lo cual, como se ha visto, es insuficiente.

No es excusa que justifique esta falta de prueba y la aplicación de la última regla del *art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* en perjuicio de las demandantes, las afirmaciones que estas hacen en su demanda sobre la documentación que guardaban en su poder porque este no era el único medio probatorio posible y porque además las demandantes no afirmaron que no conservaran documentación alguna por el largo tiempo transcurrido, sino que simplemente justificaron que si alguna documentación relevante no había sido aportada con la demanda se debía a ese motivo.

En consecuencia, ha existido una ausencia de prueba sobre extremos relevantes para poder estimar la defensa del "passing-on" y la sentencia recurrida vulnera las reglas de la carga de la prueba al no haber desestimado tal defensa.

Ello lleva a que deba dictarse nueva sentencia, teniendo en cuenta, en su caso, lo que alegado como fundamento del recurso de casación, conforme prevé la *Disposición Final 16ª.1.7º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

SEXTO.-Asunción de la instancia. El recurso de apelación de la demandada

1.- El recurso de apelación de EBRO PULEVA se basa, en buena parte, en argumentos que ya han obtenido respuesta en los anteriores fundamentos de derecho. Tales son los relativos a que los precios aplicados por EBRO PULEVA a las ventas de azúcar para uso industrial en el periodo en cuestión fueron consecuencia de una negociación individual con las demandantes o que "existe un indicio de traslado de costes hacia el consumidor final".

2.- El argumento de que el mercado no estaba cerrado y las demandantes realizaron compras a productores franceses tampoco puede llevar a la desestimación de la demanda. El relato fáctico contenido en la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia confirmada por la jurisdicción contencioso-administrativa muestra las dificultades existentes para la importación de azúcar por razones muy diversas así como que las subidas del precio del azúcar determinadas por la constitución del cártel de fabricantes aumentó notablemente la diferencia de precios entre el mercado español y el del resto de países comunitarios. Que algunas demandantes hubieran importado algunas partidas de azúcar no impide que se les indemnice puesto que la indemnización que reclaman se basa en el sobreprecio, derivado de la actuación del cártel, que hubieron de pagar en las partidas que adquirieron a la demandada.

Es evidente, por razones de pura lógica en el comportamiento empresarial, que si las demandantes hubieran podido adquirir más azúcar, a mejor precio, en el mercado extranjero, lo habrían hecho. Además, el éxito de la actuación del cártel solo se explica por las dificultades de los fabricantes españoles de productos que utilizan el azúcar como materia prima para comprar azúcar en el mercado exterior y a mejor precio. De no haber existido tales dificultades, que el propio cártel acentuó, la práctica restrictiva de la competencia no habría sido posible.

Incluso de ser cierto que algunos de los demandantes, si hubieran sido más sagaces, hubieran podido aumentar las importaciones de azúcar, no es razonable que se permita a quien realizó una conducta anticompetitiva que le reportó beneficios y que causó daños a otros intervinientes en el mercado, retener los beneficios

ilícitamente obtenidos con base en el argumento de que los perjudicados podrían haber actuado más inteligentemente para mitigar los daños derivados de la conducta anticompetitiva del infractor. Quien causa el daño solo puede verse liberado de indemnizarlo, en todo o en parte, si se prueba que quien lo sufrió, lo agravó con su conducta negligente, lo que en el caso enjuiciado no ha sido probado. Los tribunales no pueden proteger más al infractor que voluntaria y conscientemente causa el daño que a las víctimas que no han sido suficientemente hábiles para evitarlo.

3.- La impugnación relativa a la aplicación de la Ley de Competencia desleal tampoco puede ser estimada. El simple error en la denominación de la ley aplicada (Ley de Competencia Desleal por Ley de Defensa de la Competencia) no puede fundamentar un recurso, como acertadamente consideró la Audiencia Provincial.

SÉPTIMO.- La valoración de los daños

1.- Tanto las demandantes como la demandada impugnan en sus recursos de apelación la valoración que de los daños sufridos por las demandantes como consecuencia de la actuación del cártel ha realizado la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, evidentemente por razones dispares. Tales impugnaciones se centran fundamentalmente en criticar la valoración que la sentencia apelada hizo de los informes periciales.

2.- 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) y utiliza 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 (en concreto, el precio de la remolacha, que supone el 58% del precio total de producción del azúcar y la cotización de almacenamiento), no tomando en consideración otros costes por no considerarlos relevantes (por su inferior incidencia en el coste total de fabricación del azúcar), 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 por EBRO PULEVA a los demandantes, que ha sido actualizado mediante la aplicación de una tasa de descuento, el tipo de interés legal del Banco de España

3.- 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.

En cuanto a la crítica del método valorativo utilizado en el informe pericial de las demandantes, pone de manifiesto la 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.

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.

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, especialmente por el obstáculo que para la reserva de la liquidación de los daños y perjuicios a la ejecución de sentencia suponen las previsiones contenidas en los *arts. 209.4 y 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. 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.

4.- Por lo expuesto no se considera acertada la solución adoptada por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia consistente en conceder el 50% de la indemnización solicitada. La 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 (que se revela difícil por el sistema de "lista corrida" previsto como regla general en la Ley de Enjuiciamiento Civil y la extrema especialidad del objeto de la pericia), razones expresadas por la sentencia de primera instancia para justificar tal reducción, 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.

Lo expuesto ha de llevar a la estimación del recurso de apelación de las demandantes, la desestimación del recurso de apelación de la demandada, y la plena estimación de la demanda.

OCTAVO .- Costas

La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal, la estimación del recurso de apelación de las demandantes, la desestimación del recurso de apelación de la demandada, y la correlativa estimación de la demanda, conlleva que, en cuanto a costas, se condene a la demandada al pago de las costas de primera instancia y de su recurso de apelación, y a que no se haga expresa imposición de las costas derivadas del recurso de apelación de las demandantes ni de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, de conformidad con los *artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Procede acordar asimismo la devolución de los depósitos constituidos a la parte recurrente, de conformidad con la *disposición adicional 15ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley

de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1.- Declarar haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por las entidades "NESTLÉ ESPAÑA, S.A.", "PRODUCTOS DEL CAFÉ, S.A.", "HELADOS Y POSTRES, S.A.", "CHOCOLATES HOSTA DULCINEA, S.A.", "ZAHOR, S.A.", "MAZAPANES DONAIRE, S.L.", "LU BISCUIT, S.A.", "CHOCOLATES TORRAS, S.A.", "ARLUY, S.L.", "CHOCOVIC, S.A.", "LA CASA, S.A.U.", "PRODUCTOS MAURI, S.A.", "DELAVIUDA ALIMENTACIÓN, S.A." y "WRIGLEY CO, S.A.", contra la *Sentencia núm. 370/2011, de 3 de octubre, dictada por la sección octava de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación n.º 370/2010*

2.- Anulamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

3.- En su lugar, desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la entidad "EBRO PULEVA, S.A. (actualmente, "EBRO FOODS, S.A.") y estimamos el recurso de apelación interpuesto por "NESTLÉ ESPAÑA, S.A.", "PRODUCTOS DEL CAFÉ, S.A.", "HELADOS Y POSTRES, S.A.", "CHOCOLATES HOSTA DULCINEA, S.A.", "ZAHOR, S.A.", "MAZAPANES DONAIRE, S.L.", "LU BISCUIT, S.A.", "CHOCOLATES TORRAS, S.A.", "ARLUY, S.L.", "CHOCOVIC, S.A.", "LA CASA, S.A.U.", "PRODUCTOS MAURI, S.A.", "DELAVIUDA ALIMENTACIÓN, S.A." y "WRIGLEY CO, S.A.", contra la *Sentencia núm. 59/2010, de 1 de marzo, del Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Madrid dictada en el juicio ordinario núm. 735/2007, y en consecuencia:*

3.1.- Declaramos que la entidad "EBRO PULEVA, S.A. (actualmente, "EBRO FOODS, S.A.") es responsable de los daños sufridos por las demandantes como consecuencia de la concertación de precios llevada a cabo por la demandada con el resto de azucareras en el período comprendido de febrero de 1995 a septiembre de 1996.

3.2.- Condenamos a la demandada a pagar a las demandantes las siguientes cantidades:

1) NESTLE ESPAÑA, S.A.: UN MILLÓN QUINIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS VEINTIOCHO EUROS CON TREINTA Y NUEVE CÉNTIMOS (1.548.828,39 euros).

2) PRODUCTOS DEL CAFÉ, S.A.: DIECINUEVE MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y UN MIL EUROS CON NOVENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (19.881,94.-euros).

3) HELADOS Y POSTRES: CIENTO CUARENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS SIETE EUROS CON SESENTA Y SEIS CÉNTIMOS (149.207,66.-euros).

4) CHOCOLATES HOSTA DULCINEA, S.A.: SETECIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y SIETE EUROS (774.957,00.-euros).

5) ZAHOR, S.A.: TRES MIL OCHOCIENTOS DOS EUROS CON CINCUENTA Y NUEVE CÉNTIMOS (3.802, 59.-euros).

6) MAZAPANES DONAIRE, S.L.: VEINTISIETE MIL CUATROCIENTOS VEINTIOCHO EUROS CON DIEZ CÉNTIMOS (27.428,10.-euros).

7) LU BISCUITS, S.A.: CIENTO NOVENTA Y UN MIL SEISCIENTOS SETENTA Y CUATRO EUROS CON TREINTA Y CINCO CÉNTIMOS (191.674,35.-euros.)

8) CHOCOLATES TORRAS, S.A.: DIECIOCHO MIL SEISCIENTOS OCHO EUROS CON SETENTA Y DOS CÉNTIMOS (18.608,72.-euros).

9) ARLUY, S.L.: CUARENTA Y CINCO MIL OCHENTA Y NUEVE EUROS CON SETENTA Y SEIS CÉNTIMOS (45.089,76.- euros).

10) CHOCOVIC, S.A.: CUATROCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL CIENTO OCHENTA Y OCHO EUROS CON CINCUENTA Y OCHO CÉNTIMOS (448.188,58.-euros).

11) LACASA, S.A.U.: SETENTA Y SEIS MIL CIENTO NUEVE EUROS CON NUEVE CÉNTIMOS (76.109,09.-euros).

12) PRODUCTOS MAURI, S.A.: OCHO MIL TRESCIENTOS CINCO EUROS CON VEINTISIETE CÉNTIMOS (8.305,27.-euros).

13) DELAVIUDA ALIMENTACIÓN, S.A.: NOVENTA MIL CIENTO SETENTA Y SIETE EUROS CON DIECISIETE CÉNTIMOS (90.177,17.-euros).

14) WRIGLEY CO, S.A.: SETECIENTOS DOS MIL NOVECIENTOS CINCUENTA EUROS CON NOVENTA Y CINCO CÉNTIMOS (702.950,95.-euros).

3.3.- Condenamos a la demandada al pago de los intereses legales devengados por estas cantidades desde la fecha de interposición de la demanda

4.- Condenamos a la entidad "EBRO PULEVA, S.A. (actualmente, "EBRO FOODS, S.A.") al pago de las costas de primera instancia y de su recurso de apelación. No hacemos expresa imposición de las costas derivadas del recurso de apelación de las demandantes ni de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación. Procédase a la devolución de los depósitos constituidos a la parte recurrente.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

De conformidad con lo previsto en el *art. 212.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, procédase a comunicar la sentencia a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Jose Ramon Ferrandiz Gabriel, Antonio Salas Carceller, Ignacio Sancho Gargallo, Rafael Saraza Jimena. FIRMADA Y RUBRICADA. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Saraza Jimena**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.