



Roj: **SJM VA 12279/2022 - ECLI:ES:JMVA:2022:12279**

Id Cendoj: **47186470022022100024**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Valladolid**

Sección: **2**

Fecha: **07/11/2022**

Nº de Recurso: **125/2022**

Nº de Resolución: **27/2022**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **ALBA MARIA PEREZ-BUSTOS MANZANEQUE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JDO. DE LO MERCANTIL N. 2

VALLADOLID

SENTENCIA: 00027/2022

JDO. DE LO MERCANTIL N. 2 DE VALLADOLID

CALLE NICOLAS SALMERON Nº 5, 8ª PLANTA, 47004

Teléfono: 983.77.30.64 **Fax:** 983.21.60.18

Correo electrónico: mercantil2.valladolid@justicia.es

Equipo/usuario: E

Modelo: S40040

N.I.G.: 47186 47 1 2022 0000256

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000125 /2022 E

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE D/ña. PATRISAVA S.L.

Procurador/a Sr/a. BRUNO CANO VAZQUEZ

Abogado/a Sr/a. JORGE ULISES CORONA HERRERO

DEMANDADO D/ña. BMW.IBERICA.S.A. . .

Procurador/a Sr/a. TATIANA GONZALEZ RIOCEREZO

Abogado/a Sr/a. RUBEN MAGALLARES BENDICHO

SENTENCIA Nº 27/22

En Valladolid, a siete de noviembre de dos mil veintidós,

La Ilustrísima Señora Doña Alba Pérez-Bustos Manzaneque, Magistrada del Juzgado Mercantil dos de esta ciudad, ha visto los autos de juicio ordinario, registrados con el número 125/22, promovidos por el Procurador de los Tribunales Don Bruno Cano Vázquez en representación de PATRISAVA SLU y bajo la asistencia letrada de Don Jorge Ulises Corona Herrero frente a BMW IBERICA SAU (BMW), representada por la Procuradora de los Tribunales Doña Tatiana González Riocerezo y bajo la asistencia letrada de Don Luis Aramendia De Salas.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- La parte demandante PATRISAVA SLU presentó ante este Juzgado demanda de juicio ordinario en fecha 31-5-22 frente a BMW IBERICA SAU, alegando, en apoyo de sus pretensiones, los hechos y los fundamentos de Derecho que consideró de aplicación al caso, y terminó suplicando al Juzgado la estimación de la misma y en su virtud se les condene a abonar al actor la suma que pretende en concepto de reclamación de cantidad derivada de ilícito competencial.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado a la demandada para que compareciese y contestase a la misma en el plazo de veinte días. BMW planteó declinatoria por falta de competencia territorial que se resolvió en virtud de Auto de 24-6-22 en el sentido de mantener la competencia y tras ello formuló contestación en fecha 19-7-22 en el sentido de oponerse e interesando la desestimación íntegra de la demanda formulada de contrario.

TERCERO.- Convocadas las partes a la preceptiva audiencia al juicio que señala la Ley, y llegado que fue el día señalado, el 6-10-22, comparecieron las partes, exhortándose a las mismas para que llegaran a un acuerdo, que no se logró, afirmándose y ratificándose en sus respectivos escritos de demanda y contestación así como realizando las manifestaciones que obran en autos y solicitando el recibimiento del pleito a prueba, todo lo cual consta debidamente registrado en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, con el resultado que obra en las actuaciones.

CUARTO.- Acordado el recibimiento del pleito a prueba, y llegado que fue el día señalado para el juicio, el 27-10-22, se practicó la prueba propuesta y admitida en los términos que consta en la grabación, y que, en aras a la brevedad, se tiene por reproducido. Tras ello, las partes formularon oralmente sus conclusiones en los términos que obran en autos.

QUINTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Pretensiones de las partes.- La demanda presentada por PATRISAVA SLU tiene por objeto que BMW le abone la cantidad de 41.370,15 euros en concepto de indemnización por daños derivados de ilícito competencial.

Su reclamación trae causa en el hecho de que en su condición de persona jurídica, adquirió el pasado 14-6-12 el vehículo BMW 640D GRAN COUPÉ, matrícula GFB , por importe de 108.242,77 euros.

El pasado 28-7-15 la CNMC declaró acreditada una infracción muy grave del art. 1 Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia por la adopción e implementación de acuerdos de fijación de precios entre 2006 u 2013 mediante determinación de descuentos máximos y en condiciones comerciales y por un intercambio de información sensible en el mercado español de la distribución de vehículos a motor, entre las empresas concesionarias, siendo estas prácticas constitutivas de cártel. La resolución fue confirmada por la Audiencia Nacional, en SAN 631/15 de 19-12-19 y por el TS, Sala Tercera, en fechas 13-5-21 o 5-10-21.

Entre las marcas involucradas en dicho cártel se encuentra BMW y la situación generó sobrecostes que perjudicaron a los consumidores de los vehículos, que se vieron obligados a pagar un precio superior al que habrían abonado. En concreto, la actora cifra ese sobrecoste en alrededor de un 38% del precio de compra y en consecuencia reclama la cantidad referida.

La parte demandada se opuso a lo argumentado considerando que, en primer lugar, el vehículo objeto de reclamación fue adquirido en el año 2012, esto es, tres años después de que BMW IBÉRICA abandonase el único de los tres foros de intercambio de información a los que se refiere la resolución de la CNMC de 2015. La parte demandante, en segundo lugar, no adquirió el vehículo de BMW IBERICA, es un comprador indirecto que está obligado a acreditar el sobreprecio mientras que, en tercer lugar sostiene que las conductas sancionadas no son constitutivas de un cártel puro. Dicha conducta sancionada no tuvo nada que ver con los precios a los cuales los vehículos era vendidos por los fabricantes de automóviles a los concesionarios ni se llevó a efecto un intercambio de información sobre los precios.

En relación a la primera conducta que sanciona la CNMC, "Club de marcas", sostiene que no consistió en un intercambio de información sobre precios y que, además, BMW sólo participó en la misma durante un limitadísimo periodo de tiempo, esto es, durante junio de 2008 a noviembre de 2009.

Acerca de la segunda, "Foro de posventa" el intercambio de información no habría afectado al mercado mayorista de distribución de vehículos y BMW habría participado únicamente entre marzo de 2010 y agosto de 2013.



Y por último, sobre la tercera, "Jornadas de Constructores", de nuevo afectó únicamente al mercado de postventa y no al de distribución de vehículos y de nuevo BMW habría participado entre abril de 2010 y marzo de 2011.

En dicha resolución no se logran conclusiones, a su juicio, en relación a la afectación al mercado minorista.

Todo ello no les lleva sino a concluir que es imposible que la mercantil demandante sufriera sobreprecio por la compraventa de un vehículo acaecida en 2012, cuando BMW ya estaba fuera de las tres conductas.

Sostiene asimismo que la actora no ha acreditado la existencia de daño en forma de sobreprecio, con la consecuente crítica a su pericial y por último que la acción se encontraría prescrita, sosteniendo que la resolución del TJUE de 22-6-22 no resultaría de aplicación a este caso.

SEGUNDO.- Doctrina legal y jurisprudencial.- Análisis de la acción que se ejercita.- En este procedimiento se plantea una acción de reclamación de cantidad derivada de ilícito competencial declarado por la CNMC, esto es, la conocida como acción "follow on". En concreto, el ilícito se proclamó en virtud de resolución de 23-7-15 que constató la existencia de infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia mediante tres conductas diferenciadas:

A) Intercambios de información comercialmente sensible sobre la estrategia de distribución comercial, los resultados de las marcas, la remuneración y márgenes comerciales a sus redes de concesionarios con efecto en la fijación de los precios de venta de los automóviles, así como en la homogeneización de las condiciones y planes comerciales futuros de venta y posventa de los automóviles en España desde, al menos, 2004, hasta julio de 2013, fecha de la realización de las inspecciones citadas. En estos intercambios habrían participado 20 empresas distribuidoras de las marcas AUDI, BMW, CHEVROLET, CITROEN, FIAT-LANCIA-ALFA ROMEO, FORD, HONDA, HYUNDAI, KIA, MAZDA, NISSAN, OPEL, PEUGEOT, RENAULT, CHRYSLER-JEEP-DODGE, SAAB, SEAT, SKODA, TOYOTA Y VW, con la colaboración de SNAP-ON desde noviembre de 2009.

B) Intercambios de información comercialmente sensible, sobre sus servicios y actividades de posventa, así como respecto a sus actividades de marketing en España desde marzo de 2010 hasta, al menos, agosto de 2013. En tales intercambios de información habrían participado 17 empresas distribuidoras de marcas de automóviles, en concreto, las de las marcas AUDI, BMW, CHEVROLET, CITROEN, FIAT, FORD, HONDA, HYUNDAI, KIA, MAZDA, NISSAN, OPEL, PEUGEOT, SEAT, SKODA, TOYOTA Y VW, LEXUS, MERCEDES, MITSUBISHI, PORSCHE y VOLVO, con la colaboración de URBAN desde 2010.

C) Intercambios de información comercialmente sensible relativa a las condiciones de las políticas y estrategias comerciales actuales y futuras con respecto al marketing de posventa, campañas de marketing al cliente final programas de fidelización de clientes, las políticas adoptadas en relación con el canal de Venta Externa y las Mejores Prácticas a adoptar por cada una de las citadas marcas, con ocasión de las denominadas "Jornadas de Constructores", en los que habrían participado 14 empresas distribuidoras de las marcas de automóviles que participaban en los anteriores intercambios de información, en concreto, AUDI, BMW, CITROEN, FIAT, FORD, HYUNDAI, MAZDA, NISSAN, OPEL, PEUGEOT, SEAT, SKODA, TOYOTA, VW, LEXUS, RENAULT, SAAB y VOLVO desde abril de 2010 a marzo de 2011.

Los referidos intercambios de información confidencial, según la precitada resolución, comprendían gran cantidad de datos:

- La rentabilidad y facturación de sus correspondientes redes de concesionarios en total y desglosado por venta de automóviles y actividades de posventa.
- Los márgenes comerciales y política de remuneración ofrecida por las marcas a sus redes de concesionarios.
- Las estructuras, características y organización de sus redes de concesionarios y datos sobre políticas de gestión de dichas redes.
- Las condiciones de sus políticas y estrategias comerciales actuales y futuras de marketing de posventa.
- Las campañas de marketing al cliente final.
- Los programas de fidelización de sus clientes.

Así pues, se generó un acuerdo complejo con varios intercambios de información comercialmente sensible con 14 marcas en total: AUDI, BMW, CITROEN, FIAT, FORD, HYUNDAI, MAZDA, NISSAN, OPEL, PEUGEOT, SEAT, SKODA, TOYOTA y VW en los tres foros de intercambio; CHEVROLET, HONDA, KIA, LEXUS, RENAULT, SAAB y VOLVO en dos de ellos y MITSUBISHI, MERCEDES, CHRYSLER y PORSCHE, en uno de ellos.

De esta manera, la demandada en este supuesto de hecho, BMW, participó, según la resolución de la CNMC en los tres foros de intercambio.



La decisión de la CNMC fue recurrida, como reconocen tanto la parte demandante como demandada, y ulteriormente confirmada tanto por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo (sección sexta) de 27-12-19 como por la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 31-5-21. En concreto, ésta última, y en relación al alegato de la demandada en tanto a que el acuerdo plasmado no tuvo relevancia o materialización en el precio final de adquisición del vehículo estableció: "...los elementos obrantes en autos ponen de manifiesto que la información compartida consiste en gran parte en elementos que afectan de forma relevante a los precios y a su estructura y sustentan la calificación de restricción por objeto como razona la CNMC"; "la información transmitida se refería a aspectos tales como remuneración y márgenes comerciales de las redes de concesionarios con influencia en el precio final de venta y en las condiciones de políticas y estrategias comerciales y permitía a las empresas participantes conocer la actuación de sus competidores a través de datos desagregados que se comunicaban de forma sistemática, secreta, periódica y restringida para su propio beneficio, reduciendo la incertidumbre en procesos de determinación de precios y en las condiciones comerciales afectando gravemente la independencia con la que cada operador debe actuar en el mercado.

Gran parte de la información compartida entre las empresas del sector son datos sensibles referidos a elementos de la estructura de precios, a sus componentes, que tienen relevancia en el precio final de venta como son los datos sobre remuneración y márgenes comerciales de las redes de concesionarios. El intercambio de información individualizada, actual, secreta y periódica sobre elementos relativos a los precios elimina la posibilidad de comportamientos imprevisibles por parte de los competidores haciendo desvanecer la incertidumbre propia del mercado.

Por último, y en tanto al régimen legal aplicable, se ha de estar a la normativa vigente a la fecha de producción de los hechos, esto es: en el ámbito del Club de Marcas desde febrero de 2006 hasta julio de 2013 y en las Jornadas de Constructores desde abril de 2010 hasta marzo de 2011; de esta manera se estará a la Ley de Defensa de la Competencia vigente en estos lapsos de tiempo puesto que la Directiva 2014/104/UE de 26-11-14 que se traspuso por Real Decreto- ley 9/2017 de 26 de mayo ya preveía en su artículo 21 que los estados miembros aseguren que las medidas nacionales conforme al artículo 21 no se apliquen con carácter retroactivo. En efecto, el Real Decreto precitado estableció en su Disposición Transitoria Primera que "las previsiones recogidas en el artículo tercero no se aplicarán con efecto retroactivo. Las previsiones recogidas en el artículo cuarto serán aplicables exclusivamente a los procedimientos incoados con posterioridad a su entrada en vigor".

De esta manera, la acción se sustenta en el artículo 1902 del Código Civil.

En conclusión, en relación al derecho sustantivo se prohíbe la retroactividad y en relación al derecho procesal resultará de aplicación la nueva normativa. En esta línea la SAP Madrid secc 28, de 28-1-22 que estableció, en relación al cártel de camiones: "el comportamiento infractor se estuvo produciendo entre el 17-1-97 y el 18-1-11. Esa es la referencia cronológica de interés. Porque la aplicación de la Directiva 2014/104/UE no se determina en función de la fecha de la resolución de la autoridad de Competencia o del momento de interposición de la demanda. Como el sustento para las acciones de responsabilidad por daños hay que buscarlo en la propia conducta anticompetitiva hay que atender al marco jurídico que era aplicable cuando ella se produjo. Por lo que en el caso que nos ocupa, no podemos acudir a la aplicación de la Directiva 2014/104/UE y a su norma de trasposición al Derecho español, el Decreto Ley 9/2017, dado que la fecha de ocurrencia de los hechos es anterior a la vigencia de estas normativas. (...). la acción de reclamación debe quedar sustentada por lo tanto en la tradicional responsabilidad extracontractual (artículo 1902 del Código Civil)".

TERCERO.- Prescripción.- El plazo de prescripción de las acciones por daños se determina en el artículo 1969 CC que establece que se producirá desde el día en que pudieron ejercitarse las acciones que no tengan previsto otro plazo. Por su parte, el artículo 74 LDC establece:

"El cómputo del plazo comenzará en el momento en el que hubiera cesado la infracción del Derecho de la competencia y el demandante tenga conocimiento o haya podido razonablemente tener conocimiento de las siguientes circunstancias:

a) La conducta y el hecho de que sea constitutiva de una infracción del Derecho de la competencia; b) el perjuicio ocasionado por la citada infracción; y c) la identidad del infractor.

El plazo se interrumpirá si una autoridad de la competencia inicia una investigación o un procedimiento sancionador en relación con una infracción del Derecho de la competencia relacionados con la acción de daños. La interrupción terminará un año después de que la resolución adoptada por la autoridad de competencia sea firme o se dé por concluido el procedimiento de cualquier otra forma.

Asimismo, se interrumpirá el plazo cuando se inicie cualquier procedimiento de solución extrajudicial de controversias sobre la reclamación de los daños y perjuicios ocasionados. La interrupción, sin embargo, sólo

se aplicará en relación con las partes que estuvieran inmersas o representadas en la solución extrajudicial de la controversia".

De ello se infiere que el plazo debe fijarse desde que el demandante pudo conocer dicha conducta. La cuestión se ha clarificado de manera muy reciente por el TJUE, en Sentencia de 22-6-22 (C-267/20):

"(...) la existencia de una infracción del Derecho de la competencia, la existencia de un perjuicio, la relación de causalidad entre ese perjuicio y la infracción y la identidad del autor de ésta forman parte de los elementos indispensables de los que la persona perjudicada debe disponer para ejercitar una acción por daños. En estas circunstancias, procede considerar que los plazos de prescripción aplicables a las acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión no pueden empezar a correr antes de que haya finalizado la infracción y de que la persona perjudicada tenga conocimiento o haya podido razonablemente tener conocimiento tanto del hecho de que ha sufrido un perjuicio por razón de dicha infracción como de la identidad del autor de ésta. (...) El dies a quo se computa desde que el perjudicado tiene conocimiento o haya podido razonablemente tener conocimiento del hecho y del autor".

Cierto es que el caso que se dilucidaba era si, en el cártel de camiones, se determina el dies a quo entre el día de la decisión o de la publicación en el DOCE y se escoge la segunda, sin establecer con carácter imperativo o determinante que dicho conocimiento en procedimientos de defensa de la competencia se produzca en todo caso con la resolución o publicación de la misma. Aquí nos hallamos en el supuesto del **cartel de coches**, con resolución de la CNMC de 2015 y firmeza en 2021; sin publicación en el DOCE.

En nuestro país, el TS en Sentencia de 22-3-21 se fijó que:

"No tiene sentido que la compañía recurrida dé valor a la resolución administrativa de 30 de abril de 2010 a los efectos de la prescripción, al entender que tras su notificación ya tenía el asegurado constancia de la prescripción. Al entender que tras su notificación ya tenía el asegurado constancia de la existencia del siniestro; pero se la niegue como elemento de convicción para acreditar la situación laboral objeto de cobertura, con lo que incurre en un comportamiento claramente contradictorio con afectación a la excepción articulada y que determina, en el contexto expuesto, que se deba aceptar la tesis del recurso en tanto en cuanto postula, al menos, como día inicial del plazo de la prescripción, el de la firmeza de la resolución administrativa". (En esta línea la SAP Barcelona de 15-7-22 y SAP Madrid de 8-7-22).

Con estos antecedentes, en este caso concreto, BMW manifiesta que el dies a quo a tener en cuenta es el de la resolución de la CNMC y posteriores actos de publicidad que posibilitaron a la parte actora el pleno conocimiento de los hechos.

En esta línea, la citada STJUE de 22-6-22 prevé que las publicaciones de notas de prensa en los medios de comunicación no pueden determinar en general el comienzo del plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones de daños por los perjudicados. Este tipo de documentos, razona, "contienen, en principio, información menos detallada sobre las circunstancias del asunto de que se trate y sobre las razones por las que un comportamiento restrictivo de la competencia puede calificarse de infracción, que los resúmenes de las decisiones de la Comisión publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea, que, según el art. 30 Reglamento 1/2003, deben mencionar los nombres de las partes y el contenido principal de la decisión en cuestión, incluidas las sanciones impuestas. Además, los comunicados de prensa no están destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros, en particular las personas perjudicadas. Constituyen, en cambio, documentos breves destinados, en principio, a la prensa y a los medios de comunicación. Por lo tanto, no puede considerarse que exista, por parte de las personas perjudicadas por una infracción del Derecho de la competencia, un deber general de diligencia que los obligue a llevar un seguimiento de la publicación de tales comunicados de prensa".

Es por ello que este tipo de documentación no cuenta con virtualidad bastante para determinar el inicio del plazo de prescripción.

Así pues, el TJUE consideró entonces, para el caso de cártel de camiones, que el plazo para la prescripción de la acción puede entenderse iniciado con la publicación del resumen de la Decisión de la Comisión Europea en el Diario Oficial de la Unión Europea. Pero, en lo que aquí interesa, las resoluciones de la CNMC no son objeto de publicación en ningún diario oficial. Se publican en la página web de la CNMC y no parece pertinente exigir al ciudadano que esté atento y pendiente de dicha página y de las del resto de entes públicos equivalentes.

Ya hemos referido que estamos ante una resolución de la CNMC de 2015 que adquiere firmeza por varias Sentencias del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 2021. Pues bien, manteniendo la observancia de los principios fundamentales consistentes en el derecho al pleno resarcimiento del perjudicado y de la efectividad del derecho de daños así como la plena capacidad para litigar se considera pertinente fijar el dies a quo en el momento de la firmeza de la resolución administrativa, esto es, en el año 2021, en concreto a fecha 31-5-21.



El régimen previo al Real Decreto-Ley de 2017 fijaba el plazo de prescripción en un año desde la fecha de resolución pero si atendemos a la fecha en que empezó a computarse, 2021, se ha de acudir al plazo del artículo 1968.2 del Código y al plazo de 5 años toda vez que no había nacido el derecho a prescribir (STJUE 22-6-22).

Es por ello que el diez a quo se fijará en la fecha de firmeza de la resolución, 31-5-21, y se ha de aplicar el plazo de 5 años toda vez que se inicia su cómputo después de la trasposición de la Directiva. Como quiera que la demanda se presentó en fecha 31-5-22, la excepción de prescripción no puede ser acogida.

CUARTO.- Valoración de la prueba.- Relación de causalidad.- Una vez determinada la acción y no acogida la excepción de prescripción, avanzaremos en aras a examinar la excepción esgrimida por BMW en el sentido de falta de relación de causalidad entre el ilícito competencial y el daño concreto sufrido por el demandante.

Hemos de partir en este sentido de la STJUE de 14-12-2000 que recuerda que las normas contenidas en los Tratados Comunitarios en materia de competencia en el mercado (artículos 101 y 102 TFUE) producen efectos directos en las relaciones entre particulares y crean directamente derechos en favor de los justiciables que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar y que todas las autoridades de los Estados miembros, incluidos los órganos jurisdiccionales, han de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del Derecho comunitario y de abstenerse de las que puedan poner en peligro la realización de los objetivos del Tratado. En consecuencia, en materia de defensa de la competencia, los órganos jurisdiccionales nacionales están vinculados por los hechos en ella descritos; en concreto, cuando *los órganos jurisdiccionales se pronuncian sobre acuerdos o prácticas que ya han sido objeto de una Decisión de la Comisión, no pueden dictar resoluciones que sean incompatibles con Dicha decisión.*

En esta misma línea se ha de proceder en relación a las resoluciones que hayan adoptado los organismos internos en materia de competencia, nuestra CNMC. Así se reconoce hoy en el artículo 75.1 LDC: *la constatación de una infracción del derecho de la competencia por una autoridad de la competencia española o de un órgano jurisdiccional español se considerará irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional español.*

La STS de la Sala Tercera de 31-5-22 de BMW revela, en los términos que hemos transcrito en el Fundamento de Derecho Segundo, que la CNMC en su resolución constata que entre los partícipes en el cártel se produjeron intercambios de información comercialmente sensible, entre otros extremos sobre la remuneración y márgenes comerciales a sus Redes de concesionarios con efecto en la fijación de los precios de venta de los automóviles. La información confidencial intercambiada por los infractores comprendía gran cantidad de datos entre los que destacan los relativos a los márgenes comerciales y política de remuneración ofrecida por las marcas a sus redes de concesionarios, con influencia en el precio final de venta fijado por éstos; ello incluía, el peso, en términos porcentuales, asignado a retribución fija y variable a los concesionarios, conceptos incluidos en cada una de las tipologías de retribución, sistema de bonus, financiación de campañas, sistemas de verificación de objetivos y financiación de los vehículos adquiridos por los concesionarios. Es decir, confirma la CNMC que parte de los datos confidenciales, como veíamos, influyó en la fijación de precio final de venta por parte, también, de los concesionarios.

En la Sentencia de BMW se confirmó que las prácticas anticompetitivas sancionadas afectaron a los precios de venta de automóviles a los compradores finales: "No debe olvidarse que la información no pública referida a los márgenes comerciales con los que se opera sirve para conformar el precio final. Así, el incentivo ligado a la retribución variable (cumplimiento de objetivos, rappel de regularidad...) integra el precio y se presenta como el elemento competitivo principal entre los concesionarios de automóviles. De modo que el intercambio de información sobre dichos márgenes permite conocer a las empresas el precio final que se puede fijar y los márgenes de maniobra existentes, disminuyendo la competencia en el mercado".

A este razonamiento judicial se añade, como concluye la CNMC en la página 24 de su resolución, que los infractores que participaron en el cártel sancionado copaban prácticamente el 100% del mercado de automóviles en España. De esta manera, es impensable que otros fabricantes de automóviles no implicados en el cártel pudiesen tener influencia suficiente en ese mercado, como para impedir la repercusión de las prácticas infractores en los precios finales de venta.

De todo ello se deduce, por un lado, que las conductas infractoras de la competencia en que BMW tomó parte influyeron en el precio final de venta de los automóviles, y por otro lado, que esa influencia benefició a los infractores, entre ellos BMW y perjudicó a los compradores de automóviles, perjuicio que, en estas circunstancias, se tuvo que traducir necesariamente en el pago de un precio superior al que correspondería en caso de no existir la infracción. Es evidente así que hemos de partir de la existencia de daño.



Así pues, no se podrá sino concluir, -como por otra parte se ha plasmado en informes reconocidos por la Comisión Europea como "Quantifying antitrust damages de 2009" o "Informe Oxera" que sostiene que en el 93% de los casos los cárteles aplican sobrepuestos- que se han producido daños a los compradores que consisten en el pago de un sobrecoste a la hora de adquirir el automóvil.

Y es importante reseñar que hemos inferido tal conclusión sin entrar aún en el análisis de las pruebas periciales traídas a las actuaciones, que serán examinadas con posterioridad.

La SAP Valladolid -sección 3ª- de 3-11-21 también se hace eco de que "la regla "ex re ipsa" permite desprender de la infracción declarada por la autoridad el daño efectivo causado en el mercado, cuando tal resultado es su natural consecuencia"; "Los Tribunales nacionales, basándose en este conocimiento empírico, han declarado que es probable que, por regla general, los cárteles den lugar a costes excesivos y que cuanto más duradero y sostenible ha sido un cártel, más difícil le resultaría a un demandado alegar que no había habido un impacto negativo sobre los precios en un caso concreto".

QUINTO.- Daño y cuantificación.- Para proceder a la cuantificación del daño, se ha de tomar como punto de partida la STS 651/2013 dictada en el marco del conocido como "cártel del azúcar" y según la cual será precisa la representación de un escenario hipotético en el que se expongan los precios de compra que habrían tenido los productos o servicios afectados, aquí los coches, si no hubiera existido el cártel. Como es prácticamente imposible llegar de manera exacta a la determinación de la situación que se habría dado sin la infracción del derecho de competencia, basta que ese escenario hipotético que se representa sea razonable.

El perito de la parte demandante ha optado en este caso, tras enunciar los diversos métodos de análisis existentes, por el método comparativo respecto a otros mercados cercanos geográficamente, usando como factor de corrección el PIB per cápita de los distintos mercados analizados. Expresa que dicho método puede arrojar los cálculos más exactos ya que utiliza cifras exactas y productos iguales, lo que repercute en una exactitud mayor a la hora de calcular importes. Para recopilar los precios -detalla en el informe- durante la duración del cártel, se utilizan los históricos de precios de revistas que son referentes en los mercados automovilísticos referenciados (Autobild en Alemania, La Revue Automobile en Francia o Automoto en Italia). Así, partiendo de esos datos y con el PIB como factor de corrección, alcanza la conclusión de que el importe pagado por la parte actora por la fijación de precios de compra por el cártel de vehículos asciende a 41.370,15 euros sobre un total de 108.242,77 euros. El perito no lo expresa, pero ello implica alrededor de un 38% del precio abonado por el vehículo en cuestión.

En el acto del juicio precisó que para la realización de dicho cálculo "descontó los extras", en concreto hay una tapicería que ascendía a alrededor de 2900 euros que no tuvo en cuenta en su cálculo. El IVA sin embargo sí que lo tuvo en cuenta toda vez que "hay empresas que no se pueden desgravar el 100% del IVA". Reiteró en sala que su método pasa por comparar tres economías similares a la española para así obtener el sobrepuesto, aunque considera que los únicos que saben al 100% lo que ha costado el coche es la propia marca, todo lo demás no es más que una estimación. Concluye que en este caso se sobrepasa el 20% de sobrepuesto porque se ha de tener en cuenta que es un mercado muy complejo, con múltiples proveedores y muy difícil de precisar.

El letrado de la parte demandada cuestionó al perito en relación a si ha valorado que BMW abandonó la conducta conocida como "club de marcas" en 2009, considerando éste que no lo hizo o al menos que pese a abandonar ya disponía de información suficiente. Declaró no haberse valido de la web "Km 77" porque "esa web está bien para muchas cosas pero no para esto, no tienen precios exactos de cada modelo" aunque sí afirmó que al fabricante le cuesta lo mismo hacer los coches para vender en cualquier mercado, por eso a su juicio lo más pertinente es comparar por países corrigiendo con el PIB. Y por último, en torno a los extras restantes, como no se detallaba más, entendió que el resto de extras distintos de la tapicería sí que estaban incluidos en el precio y no se abonaban al margen.

Pues bien, este perito aporta explicaciones que no resultan idóneas o bastantes, algo que va en contra de lo que es exigible a un informe pericial, cuya finalidad es ilustrar al juzgador sobre materias acerca de las cuales no posee conocimientos suficientes. No se ofrece tampoco una exposición de los datos objetivos empleados para su realización de manera completa (datos de ventas de automóviles y de la variación de dichas ventas, elementos temporales....) ni se determina la influencia en los resultados obtenidos.

Se trata de un informe de notable debilidad y no en vano alcanza una conclusión en torno al sobrepuesto que excede en mucho de lo que viene siendo habitual para este tipo de supuestos, esto es, entre un 5% y un 10%. La complejidad de la cuestión exigía un examen o análisis más detallado, tomando en cuenta más variables o métodos -bastaría con la aplicación de los que él mismo manifiesta conocer en su informe- y en consecuencia no podemos concluir que sea soporte probatorio suficiente para el fundamento de su pretensión cuantificatoria.



La entidad demandada ha aportado un informe elaborado por COMPASS LEXECON y suscrito por tres economistas. Se trata de un informe prolijo que cuenta con múltiples explicaciones, gráficos y esquemas que le revisten de cierta entidad pese a que no se considera que, en profundidad, cuente con solvencia bastante para desvirtuar la demanda. Y ello por la premisa de la que parte, que no es otra que la de que los ilícitos competenciales que fundamentan este proceso no fueron susceptibles de generar ningún daño o en un porcentaje ínfimo. Ya hemos indicado que tanto la CNMC como la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en última instancia ha destacado que sí lo generaron. Es por ello que esta premisa errónea hace que la pericial no deba ser valorada. Lo correcto hubiera sido utilizar la prueba pericial para determinar el daño ocasionado en términos cuantitativos.

La SAP Valladolid -sección 3ª- de 18-2-22 en este sentido prevé: "En un caso como el que es objeto de 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..."; "así, el documento pericial aportado por la demandada no es propiamente un informe sino un contrainforme, pues las críticas que se enuncian en éste no se acompañan de la réplica de un modelo alternativo en base a los mismos datos utilizados por el contrario o mediante el uso de factores distintos adicionales, sino que desarrolla un modelo discrepante utilizando parcialmente datos confidenciales que no son accesibles a las dos partes".

Pese a ello, será analizada. En su apartado "estimación del potencial efecto de las conductas sancionadas" -página 9- se concluye que acaeció un sobreprecio ínfimo como decíamos, un 0,8% que se considera que no es estadísticamente significativo. Para alcanzar tal conclusión ha comparado los precios de los automóviles vendidos durante el periodo de las conductas sancionadas con los precios que se habrían observado en ausencia de dichas conductas, "precios contrafactuales" que no son más que una estimación. Y entre las circunstancias a tener en cuenta para ello se citan las características de los automóviles, los cambios en los costes de fabricación y los cambios en la demanda. En el acto del juicio, una de las autoras, la señora Encarnación, explicó que el "método de regresión", en este sentido, permite explicar el comportamiento de una variable -precio de BMW- y determinar qué factores lo determinan. Todo lo que no se logra explicar puede proceder del ilícito competencial. Pues bien, narró que los principales factores en esta línea, en tanto a lo que adquisición de vehículos se refiere, son la preferencia por lo nacional y los extras del vehículo. Considera que en el año 2018 las diferencias de precio entre países no desaparecen sino que siguen siendo un 34% más elevados que aquí. Ya hemos reseñado que el sobreprecio fijado por la parte actora es del todo desproporcionado.

Pues bien, se echa en falta en el informe de la demandada la determinación de la afectación que tuvo la crisis económica que comenzó alrededor de 2008 en el precio de los vehículos -reducción del PIB e incremento de la tasa de paro-; hasta el punto de que las ventas cayeron en más del 50%. Lo lógico hubiese sido que ante tal escenario económico, los precios de los automóviles se hubieran desplomado. Sin embargo, el promedio de los precios de los coches en este país no bajó, sino que llegó a subir algo. La perito no nos ofrece explicación en este sentido, se limitan a asumir las subidas de precio que hubo a lo largo del periodo objeto de examen, entre 2006 y 2013. Es por ello que la pericial mantiene al lector en la ignorancia acerca de por qué el precio medio de los coches subió en el periodo de duración constatado del cártel, pese a que coincidió con época de graves dificultades económicas para las familias.

Esto no permite sino concluir que el mantenimiento de los precios medios en la etapa analizada coincidente con notables descenso de ventas y disminución del nivel de vida en términos globales implica en sí el acaecer de sobrecoste a modo de efecto derivado del cártel.

En la crítica que se realiza al informe de contrario se parte de otra premisa errónea, y es que manifiesta que "el vehículo objeto de la demanda fue vendido por BMW en junio de 2012, casi dos años y medio después de que finalizase su participación en el foro Club de Marcas, el único en el que se intercambiaba información relacionada con la venta de vehículos nuevos. En el mes de junio de 2012 el único foro en el que BMW estaba participando era el relacionado con los servicios postventa. Sin embargo, el hecho de que en ese preciso momento no estuviera en el Club de Marcas no quiere decir que no hiciera valer la información previamente obtenida incluso en 2012. Sin perjuicio de que este dato, como veremos, será tenido en cuenta.

Pese a todo, sí que se comparten ciertos aspectos de la crítica que se hace al informe de contrario: hay otras diferencias más allá del PIB per capita, que son importantes y persistentes entre los precios de los automóviles en Europa, por ejemplo las preferencias de los consumidores o diferencias en equipamiento.

Finalmente, resulta llamativo que la prueba pericial se haya basado en esencia en el método comparativo temporal para calcular eventuales sobreprecios y no se hayan tenido en cuenta otros también válidos como el comparativo geográfico o el comparativo con otros productos en el mercado en la misma época. En particular,



el método comparativo geográfico que podría haber arrojado luz al permitir analizar circunstancias destacadas observando si los mismos modelos de coches implicados en el cártel se han vendido en países similares de nuestro entorno como Portugal, Italia o Francia en similares condiciones pero en términos de respecto a la competencia. En la página 35 se hace mención a que no se ha encontrado ningún mercado geográfico o de producto que permita realizar una comparación de este tipo pero sin ahondar sobre ello.

Todo ello nos lleva a concluir que esta pericial resulta más relevante por lo que calla que por lo que expresa.

Así pues, nos encontramos ante un supuesto de hecho en el que se ha acreditado la existencia de daño derivado de ilícito competencial pero en el que, con las pruebas traídas al proceso, no es posible proceder a su cuantificación. Es por ello que resultará de aplicación el criterio de estimación judicial del daño que se ha plasmado en la ya citada STJUE de 22-6-22, que sostuvo el carácter procesal del contenido del artículo 17 Directiva 2014/104 y 76.2 LDC nacional: "constituye una disposición procesal a efectos del artículo 22 apartado 2 de la citada Directiva y de que en su ámbito de aplicación temporal está comprendida una acción por daños que, aunque se derive de una infracción del Derecho de la competencia que finalizó antes de la entrada en vigor de dicha Directiva, fue ejercitada después del 26 de diciembre de 2014 y después de la entrada en vigor de las disposiciones que transponen tal Directiva al Derecho nacional".

En esta línea también la AP Pontevedra en Sentencia 108/2020: "si la demandante no atiende suficientemente la carga de probar el perjuicio, resulta legítimo en infracciones de esta clase, caracterizadas por la enorme dificultad probatoria y por la extrema onerosidad de acceso a las fuentes de prueba, que el tribunal identifique un método de valoración razonable, según resulta de criterio jurisprudencial consolidado".

Por todo ello, se considera un perjuicio razonable equivalente al 5% del precio total de adquisición de los vehículos. Se considera que es una cifra que se adapta a las circunstancias de este supuesto de hecho: ámbito temporal del cártel en el que participó la demandada -algo más de un año en el caso del "Club de Marcas"- y al hecho de que los datos objetivos aportados por la actora permiten vislumbrar una desviación del precio final de alrededor de ese porcentaje. No se puede perder de vista que ninguna empresa participaría en un cártel si no es para obtener información que al menos implique ese sobrecoste. En cualquier caso nos encontramos no ante un consumidor sino ante una persona jurídica que cuenta con mayores posibilidades tanto de asesoramiento como de recursos en aras a obtener una pericial que cuantifique de manera solvente el daño sufrido.

Así las cosas, la compensación por el coche de la actora ha de ascender a 5.412,13, un 5% de los 108.242,77 que supusieron el precio de compra real. En ello se incluyen los impuestos aplicables al precio toda vez que al fijarse los mismos en un porcentaje, el sobrecoste ha determinado también el pago de una cantidad superior por este concepto. Cierto es que la parte actora es una mercantil que pudo repercutir ese importe de IVA pero no lo es menos que ese gasto no se repercute ni por el total ni en todos los casos y que se trata de un hecho excluyente que ha de probar quien lo alega, esto es, la parte demandada, ex artículo 217 LEC sin que se haya procedido al respecto.

Tampoco se han tenido en cuenta los "extras" para excluirlos del precio puesto que, en primer lugar, nadie ha precisado de manera exacta qué conceptos se abonaron como extra más allá de la tapicería en que demandante y demandado están de acuerdo y en segundo lugar no se ha justificado debidamente que el sobrecoste se aplique al precio básico del vehículo sin extra alguno. El ilícito competencial, reiteramos una vez más, tuvo su reflejo en el importe abonado por el minorista y por tanto, tanto en sus modelos básicos y en los mejor equipados.

Por todo ello, la parte demandada deberá abonar a la demandante la suma de 5.412,13 euros.

SEXTO.- Intereses.- La referida cantidad se incrementará con los intereses correspondientes en consonancia con los artículos 1101 CC y 576 LEC. Como quiera que nos hallamos ante un caso de responsabilidad extracontractual por daños del artículo 1902 CC y en aras a lograr la plena reparación del daño, los intereses habrán de ser computados desde el momento de la producción del daño, que en este caso se fija en el momento de adquisición del vehículo. Y ello en línea con la Directiva 2014/104: *cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por tal infracción puede solicitar resarcimiento por el daño emergente, el lucro cesante, más los intereses, con independencia de si en las normas nacionales estas categorías se definen por separado o conjuntamente. El pago de intereses es un elemento esencial del resarcimiento para reparar los daños y perjuicios sufridos teniendo en cuenta el transcurso del tiempo y debe exigirse desde el momento en que ocurrió el daño hasta aquel en que se abone la indemnización.*

Así pues, el interés legal aplicable empezará a devengarse desde el 14-6-12, fecha de adquisición del vehículo en cuestión.



SEPTIMO.- Costas.- En virtud del criterio del vencimiento consagrado en el art. 394 LEC, y habida cuenta de que se ha producido una estimación parcial de la demanda, cada una de las partes abonará las costas ocasionadas a su instancia.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso,

FALLO

Que estimando íntegramente la demanda formulada por la representación procesal de PATRISAVA SLU frente a BMW IBERICA SAU (BMW), debo condenar a ésta última a abonar a la primera la cantidad de 5.412,13 euros; más los intereses correspondientes, abonando cada una de las partes las costas ocasionadas a su instancia.

Contra esta Sentencia cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Valladolid, que podrá interponerse ante este Juzgado en el plazo de veinte días contados a partir de la fecha de su **no** tificación.

Así lo acuerda manda y firma la Ilma. Sra. Alba Pérez-Bustos Manzanque, Magistrada titular del Juzgado de lo Mercantil numero 2 de Valladolid.

FONDO DOCUMENTAL CENDO