



II I I 5A@EG>FAD7EF75@; 5AE7E

Roj: **SJM PO 331/2023 - ECLI:ES:JMPO:2023:331**

Id Cendoj: **36057470032023100017**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Vigo**

Sección: **3**

Fecha: **10/01/2023**

Nº de Recurso: **238/2022**

Nº de Resolución: **9/2023**

Procedimiento: **Juicio verbal**

Ponente: **AMELIA MARIA PEREZ MOSTEIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UH XDO. DO MERCANTIL N. 3

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00009/2023

-

RUA PADRE FEIJOO, 1 - 18 º 36204 CIDADE DA XUSTIZA DE VIGO

Teléfono: 886218403 **Fax:** 886218405

Correo electrónico: mercantil3.vigo@xustiza.gal

Equipo/usuario: BC

Modelo: N04390

N.I.G.: 36038 47 1 2022 0300406

JVB JUICIO VERBAL 0000238 /2022

Procedimiento origen: /

Sobre TRANSPORTES

DEMANDANTE: Demetrio

Procurador/a Sr/a. CESAR ANGEL ESCARIZ VAZQUEZ

Abogado/a Sr/a. PILAR VAZQUEZ IGLESIAS

DEMANDADO: NISSAN IBERIA SA

Procurador/a Sr/a. JOSE CECILIO CASTILLO GONZALEZ

Abogado/a Sr/a. JAVIER ALONSO MENJON

SENTENCIA

En Vigo, a diez de enero de dos mil veintitrés

Vistos por Doña Amelia María Pérez Mosteiro, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra (sede en Vigo), los presentes autos del procedimiento **verbal núm. 238/2022**, en el ejercicio de una acción de resarcimiento por daños por prácticas restrictivas de la competencia promovida por **DON Demetrio , mayor de edad, titular del NIF NUM000** , representado por el Procurador de los Tribunales Sr. Escariz Vázquez y asistido por la Letrada Sra. Vázquez Iglesias, frente a la entidad **NISSAN IBERIA SA** representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Castillo González (sustituido en el acto de juicio por su compañero el Procurador de los Tribunales Sr. Lanero Taboas) y asistido por el Letrado Sr. Alonso Menjón (sustituido en el acto de juicio por su compañero el Letrado Sr. Torras Balcel), en la que ha recaído la siguiente resolución,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 3 de junio de 2022 se registró con el núm. 2.079/2022, telemáticamente, la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales Sr. Escariz Vázquez, actuando en representación de Don Demetrio, en el ejercicio de una acción de resarcimiento al amparo de lo dispuesto en el art. 1902 CC fundada en prácticas restrictivas de la competencia contra la entidad mercantil Nissan Iberia, SA, a tramitar por los cauces del procedimiento verbal, en la que se fijó la cuantía de la demanda en la suma de 2.997,43€.

En la citada demanda tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que se estimó de aplicación finalizó con la súplica en la que se interesaba se dicte sentencia por la que se estime la demanda

"(...)

con base a la comisión de una práctica anticompetitiva, acuerde el resarcimiento por los daños y perjuicios causados en la cuantía de DOS MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE EUROS Y CUARENTA Y TRES CÉNTIMOS DE EURO (2.997,43.-€), más los intereses legales devengados desde la fecha de adquisición del vehículo. Y ello, con condena en costas a la entidad demandada.

(...)"

SEGUNDO.- Por Decreto, de fecha 26 de septiembre de 2022, se acordó admitir a trámite la anterior demanda, dándose traslado de la misma, y de los documentos adjuntos, así como del Decreto de admisión, a la parte demandada para que contestase por escrito en plazo de diez días con los apercibimientos legales e inherentes a este emplazamiento.

En fecha 26 de octubre de 2022 se registró, con el núm. 3.824/2022, el escrito presentado por la representación procesal de la mercantil demandada, contestando a la demanda.

En la referida contestación la parte demandada se oponía a las pretensiones de la parte actora, señalando como motivos de oposición, así:

- i) Prescripción de la acción ejercitada por el transcurso de más de un año.
- ii) Respecto de la conducta sancionada, se trata de una infracción por objeto no por efecto. Refiere la demandada: *"[es] Una infracción por objeto consistente en el intercambio de información pudo, en hipótesis, haber modificado la conducta de un fabricante de automóviles (o su filial en España) y pudo, en última instancia, haber condicionado a un concesionario para la fijación de precios. Pero esa hipótesis no tiene respaldo fáctico en la resolución administrativa que pretende hacerse servir de base para la presente reclamación. (...)"*.
- iii) Ausencia de presunción de daño.
- iv) Inexistencia de criterios cuantificadores del daño.
- v) Inexistencia de sobreprecio.
- vi) Falta de prueba para acreditar el daño.

Expuestos los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación finalizó con la súplica en la que interesaba la desestimación de la demanda con costas.

TERCERO.- Por diligencia de ordenación, de fecha 4 de noviembre de 2022, se tuvo por contestada la demanda. En la mencionada resolución se acordaba citar a las partes a la celebración de juicio, quedando el mismo señalado para el día 1 de diciembre de 2022.

La fecha de celebración de juicio tuvo que ser modificada, por las circunstancias que constan en los autos, señalándose nuevamente para el día 21 de diciembre de 2022, tal y como consta en la diligencia de ordenación de fecha 14 de noviembre de 2022.

Llegado el día de celebración de la audiencia previa

Abierto el acto los litigantes comparecidos se afirmaron y ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y contestación.

Así que, a continuación, las partes propusieron prueba, en los términos que constan en el acta de grabación de vista, así como en las minutas de prueba unidas al procedimiento.

Admitida la prueba que fue declarada útil y pertinente se fijó fecha para la celebración de juicio, que quedó señalada para el día 23 de septiembre de 2022.



CUARTO.- El día señalado para la celebración de juicio comparecieron la parte actora representada por Procurador y asistida de Letrado, haciéndolo también la parte demandada, con su representación procesal y asistencia letrada.

Abierto el acto, no siendo posible llegar a un acuerdo, las partes se ratificaron en sus respectivos escrito de demanda y contestación a la demanda, proponiendo prueba a continuación- los informes periciales de las partes quedaron unidas a los autos como prueba documental, no habiendo solicitado las mismas la práctica de prueba pericial-. Así que admitida la prueba propuesto- toda ella documental- las partes evacuaron conclusiones sucintas quedando lo autos vistos para dictar sentencia.

QUINTO.- En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales con inclusión del plazo para dictar sentencia, por la carga de trabajo de este órgano judicial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Objeto de litigio. Pretensiones de las partes*

La actora interpone demanda dirigida contra Nissan Iberia SA de quien reclama 2.997,43€, así como los intereses legales devengados desde la fecha de adquisición del vehículo y las costas, como consecuencia de los perjuicios que refiere sufridos por el sobreprecio pagado por la compra del vehículo:

- Marca Nissan, modelo QASHQAI MY 10- QASHQAI 1.5DCI 4X2 TEKNA SPORT-, con placa de matrícula-LKY (bastidor núm. NUM001 , por importe de 20.786,63€, fecha de adquisición el 29/04/2010.

En la demanda se ejercita una acción derivada de una previa sanción por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC) declarada en resolución del expte. NUM002 Fabricantes de automóviles) de fecha 23 de julio de 2015- confirmada por Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional de fecha 27/12/2019 núm. de recurso 624/2015; y ratificada, con desestimación del recurso de casación interpuesto frente a la anterior resolución por Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Secc. 3ª de fecha 07/06/2021 núm. de recurso 5.428/2020-.

La parte demandada se opuso a lo pretendido de contrario, alegando como motivos de oposición sucintamente expuestos, los siguientes:

- i) Prescripción de la acción ejercitada por el transcurso de más de un año.
- ii) Respecto de la conducta sancionada, se trata de una infracción por objeto no por efecto. Refiere la demandada: "*[es] Una infracción por objeto consistente en el intercambio de información pudo, en hipótesis, haber modificado la conducta de un fabricante de automóviles (o su filial en España) y pudo, en última instancia, haber condicionado a un concesionario para la fijación de precios. Pero esa hipótesis no tiene respaldo fáctico en la resolución administrativa que pretende hacerse servir de base para la presente reclamación. (...)*".
- iii) Ausencia de presunción de daño.
- iv) Inexistencia de criterios cuantificadores del daño.
- v) Inexistencia de sobreprecio.
- vi) Falta de prueba para acreditar el daño.

SEGUNDO.- *Hechos probados*

En el presente procedimiento son hechos probados, ex art. 326 LEC en relación con el art. 319 ambos de la LEC, a tenor de la prueba documental obrante en autos, los siguientes:

1. La parte actora es titular del vehículo marca Nissan, modelo QASHQAI MY 10- QASHQAI 1.5DCI 4X2 TEKNA SPORT-, con placa de matrícula-LKY (bastidor núm. NUM001 , por importe de 20.786,63€ (compresivo de principal e impuestos IVA), fecha de adquisición el 29/04/2010.

2. La compra del vehículo se formalizó mediante un pago al contado de 8.534,46€, financiando a través de la entidad RCI Banque, Sucursal en España el importe de 12.598,63€- a un TIN del 5,95% y una TAE del 7,25%- dividido en 37 cuotas, las primeras 36 cuotas por importe de 112,86€ (compresivas de nominal e intereses), y una última cuota por importe de 10.670,40€ pagada en fecha 15/07/2013.

3. El 23 de julio de 2015 la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el expediente NUM002 , Fabricantes de automóviles, resolvió:

"(...) Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Sexto de esta Resolución.

SEGUNDO.- De acuerdo con la responsabilidad atribuida en los Fundamentos de Derecho Sexto y Séptimo, declarar responsables de las citadas infracciones a las siguientes empresas: (...)".

Entre las empresas infractoras sancionadas está la demandada:

"14. NISSAN IBERIA, S.A., como empresa distribuidora de la marca NISSAN en España, por su participación en el cártel de intercambio de información confidencial, futura y estratégica en las áreas de gestión empresarial, postventa y marketing, desde junio de 2008 hasta agosto de 2013".

A quien la comisión impuso una sanción por importe de: 3.157.671,00€.

4. En la resolución de la CNMC se identifican tres escenarios o foros en los que las entidades infractoras procedían al intercambio de información, así señala:

"1. 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.

2. 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, VW, LEXUS, MERCEDES, MITSUBISHI (esto es, B&M; en los elementos probatorios que constan en el expediente se identifica por la citada marca), PORSCHE y VOLVO, con la colaboración de URBAN desde 2010.

3. 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".

En los tres escenarios está presente la demandada NISSAN siendo relevante la presencia en el primero de los escenarios que se extiende temporalmente al menos desde el 2004 hasta el 2013, y en que se constata que participó desde junio de 2008 hasta agosto de 2013, así: en el primero- club de marcas-, desde junio de 2008 hasta julio de 2013; en el segundo- foro postventa-, desde marzo de 2010 hasta agosto de 2013; y en el tercero- jornadas de constructores- en marzo de 2011.

5. La Resolución dictada por la CNMC fue confirmada por Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional de fecha 27/12/2019 núm. de recurso 624/2015 (ECLI:ES:AN:2019:5028); y ratificada, con desestimación del recurso de casación interpuesto frente a la anterior resolución por Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Secc. 3ª de fecha 07/06/2021 núm. de recurso 5.428/2020 (ECLI:ES:TS:2021:2439).

6. La parte demandante reclamó extrajudicialmente los daños causados por burofax en fecha 15/02/2022, entregado en fecha 16/02/2022.

7. Por atenta remitida por el Servicio "Customer Services & Quality Manger" en fecha 17/02/2022, la demanda señaló que ningún daño se ha causado al demandante, siendo su reclamación improcedente.

8. La Resolución de la Comisión, y su ratificación judicial, permite afirmar que:

i) El mercado afectado es el mercado nacional.

"(...) prácticas anticompetitivas afectaban a la distribución y comercialización de vehículos nuevos, usados, recambios y accesorios, así como a la prestación de actividades y servicios posventa por parte de las principales marcas de vehículos automóviles en todo el territorio español. Ello configura como mercados afectados el de la distribución y comercialización de los vehículos automóviles en España, incluyendo la venta de automóviles nuevos y usados, recambios y accesorios, a través de las redes de distribución selectiva de las marcas, y el de la prestación de los servicios de posventa en España que también realizan las marcas a través de la red oficial de concesionarios y talleres oficiales".

ii) Se trató de "(...) infracción por objeto toda vez que los intercambios de información versaron sobre datos de naturaleza estratégica y comercial que se podrían haber obtenido de otro modo, con aptitud per se para reducir la incertidumbre y favorecer la coordinación y el objetivo de restringir la competencia, con la consecuencia necesaria de que el consumidor no se benefició de los menores precios de mercado que pudieran resultar de políticas comerciales más agresivas consecuencia del desconocimiento de las propuestas de los competidores"- SAN de 27/12/2019-.

iii) "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";

iv) "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".

Fijados los hechos relevantes para la resolución esta contienda la controversia se centra en determinar: i) la legitimación activa de a parte actora, siendo objeto de discusión la prueba de la titularidad de los vehículos por los que reclama la indemnización correspondiente; ii) la prescripción de la acción entablada; iii) la determinación del alcance e incidencia que la decisión de la Comisión Europea pueda tener en la venta de camiones a los destinatarios finales de los vehículos; iv) la determinación de la carga de la prueba de daños; v) la valoración de las pruebas periciales presentadas por las partes para determinar si se produjo finalmente daño a la parte demandante y la cuantía del mismo.

TERCERO.- Legitimación activa. Condición de perjudicado de la parte actora. Legitimación pasiva

La legitimación activa de la parte demandante ha quedado suficiente acreditada a tenor de la documental aportada, en tanto es un hecho incuestionable que se ha pagado el precio total por la compra del vehículo.

La parte demandante aporta con la demanda: la ficha técnica y el permiso de circulación del vehículo: el contrato de financiación y el pago de la cuota de entrada y la cuota final; asimismo adjunto todos los justificantes de los recibos bancarios acreditativos de los pagos de cada mensualidad.

Todos estos documentos permiten considerar que la actora es titular del vehículo objeto de litis.

En cuanto a la legitimación pasiva la misma viene determinada por la acción entablada por la parte actora en tanto se ejercita una acción consecutiva o de seguimiento para la indemnización de daños y perjuicios, respecto de la Resolución de la CNMC de 23 de julio de 2015, de sanción del cártel de los fabricantes de vehículos por intercambio de información, siendo una infracción por objeto.

CUARTO.- Normativa aplicable

Con carácter previo a entrar a analizar las cuestiones referidas a la prescripción de la acción ejercitada y a la prueba de los daños, es preciso señalar la normativa aplicable para resolver este procedimiento.

El régimen legal aplicable, tomando en consideración las conductas infractoras sancionadas y la fecha de comisión de los hechos, es el previsto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC)- modificada por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores-.

A estos efectos, el de determinación de la norma aplicable cabe señalar asimismo que, en consideración la fecha de comisión de las conductas infractoras- inicio y fin-: por un lado, no resultan de aplicación las modificaciones introducidas en la LDC con motivo de la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2014/104, de 26 de noviembre de 2014.

La propia Directiva 2014/104, en su art. 22 rubricado "aplicación en el tiempo", determina que:



"1. Los Estados miembros se asegurarán de que las medidas nacionales adoptadas en virtud del artículo 21 a fin de cumplir con las disposiciones sustantivas de la presente Directiva no se apliquen con efecto retroactivo.

2. Los Estados miembros se asegurarán de que ninguna medida nacional adoptada en virtud del artículo 21, distinta de aquellas a las que se refiere el apartado 1, se aplique a las acciones por daños ejercitadas ante un órgano jurisdiccional nacional antes del 26 de diciembre de 2014. Los Estados miembros aseguren que las medidas nacionales, conforme al art. 21 no se apliquen con carácter retroactivo."

De forma que, la Disposición Transitoria Primera del Real Decreto-ley 9/2017 advierte que:

"1. Las previsiones recogidas en el artículo tercero de este Real Decreto -ley no se aplicarán con efecto retroactivo.

2. Las previsiones recogidas en el artículo cuarto de este Real Decreto - ley serán aplicables exclusivamente a los procedimientos incoados con posterioridad a su entrada en vigor".

Por lo tanto, respecto a derecho sustantivo, se establece su carácter no retroactivo, y respecto al derecho procesal, se aplicará a la nueva normativa, según el citado Real Decreto.

Esta precisión es importante:

Por un lado, en cuanto a la determinación de la acción entablada que en este caso será la acción de reclamación por daños prevista en el art. 1902 CC, a la vista de la fecha de comisión de los hechos.

Por otro lado, incide en el plazo de para el ejercicio de la acción a lo que se aludirá en posterior fundamento de derecho.

En este sentido se han pronunciado entre otras:

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, de 28/01/2022 (ECLI:ES:APM:2022:796) que establece FD quinto:

"El comportamiento infractor se estuvo produciendo entre el 17 de enero de 1997 y el 18 de enero de 2011. 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 transposición al Derecho español, el Real Decreto Ley 9/2017 (que modificó la Ley 15/2007, de Defensa de la competencia), dado que la fecha de ocurrencia de los hechos es anterior a la vigencia de esas normativas. El principio de interpretación conforme a directiva tiene su límite en los postulados de la no retroactividad y de la seguridad jurídica que rigen en el Derecho de la Unión, por lo que los acontecimientos que aquí nos ocupan quedan fuera de su ámbito de aplicación temporal. La irretroactividad de la nueva norma sustantiva está además enunciada en el artículo 22 de la Directiva y en la disposición transitoria primera del RDL 9/2017 .

La acción de reclamación debe quedar sustentada, por lo tanto, en la tradicional responsabilidad civil extracontractual (artículo 1902 del C. Civil y sentencia de la Sala 1ª del TS 651/2013, de 7 de noviembre, sobre el cártel del azúcar), en relación con las previsiones contenidas en el artículo 101 del TFUE, que considera ilícitos los acuerdos colusorios, y en el artículo 16 del Reglamento (CE) 1/2003, que obliga a la aplicación uniforme de la normativa comunitaria de la competencia y a que los tribunales tengan presente el sentido de las Decisiones adoptadas por la Comisión europea. A la luz, todo ello, de la jurisprudencia que emana del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), dado que se trata de materia que interesa al Derecho comunitario.

Ahora bien, la conclusión favorable a la producción de daño por causa de una conducta anticompetitiva ya podía efectuarse acudiendo al mecanismo jurídico del establecimiento de presunciones, incluso en los escenarios previos a los de la aplicación de la Directiva 2014/104/UE de daños, atendiendo al Derecho nacional y conforme al principio de efectividad. Lo que ocurre es que no bastará con la acreditación de un modo inespecífico del sufrimiento de daño, sino que resultará preciso aportar también los elementos de juicio precisos para que pueda procederse a la cuantificación en el caso concreto de cuál fue su magnitud, con arreglo a un estándar de prueba que permita apreciarlo con un mínimo de objetividad, huyendo así de la pura arbitrariedad. De lo contrario, se estaría abriendo la puerta a la reclamación de cualquier cifra en el seno de una demanda judicial sin consideración alguna a cuáles hubieran sido las verdaderas consecuencias concretas padecidas por el demandante, que es lo que justificaría que éste obtuviera una indemnización a cargo de la contraparte."

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, de 18 de noviembre de 2021, (ECLI:ES:APB:2021:13564):



"Sobre esta cuestión ya nos pronunciamos en las sentencias referidas al cártel de los sobres - Sentencia de 13 de enero de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:184), por todas- donde argumentábamos que vistas las fechas de los actos colusorios e interposición de las acciones no resultaba de aplicación el principio de la interpretación conforme, dado que en esas fechas no había finalizado el plazo de transposición de la Directiva, por lo que no cabe la interpretación del derecho nacional (que contiene una regulación completa) conforme a la Directiva de daños.

20. En el presente caso- en línea con la Sentencia relativa al cártel de los camiones de 17 de abril de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:2567)- debemos llegar a la misma conclusión puesto que estamos ante actos colusorios llevados a cabo en el período comprendido desde 1997 hasta 2011, el vehículo se adquiere en el año 2004 y la presente demanda se interpone en abril de 2018. Por su parte la Directiva de Daños (Directiva 2014/104/UE) entra en vigor el 27.12.2014, por lo que mientras dura la infracción ni se había publicado ni transpuesto la Directiva de Daños al Derecho español -que se produjo mediante el citado Real Decreto-ley 9/2017- ni había finalizado su período de transposición -que terminaba el 27 de diciembre de 2016."

La Sentencia del TJUE de 22 de junio de 2022 (ECLI:EU:C:2022:494) corrobora este criterio interpretativo, aunque lo hace con algún matiz ya que permite aplicar la Directiva para cuestiones de índole procesal, pero no para aquellas de carácter material. En concreto, respecto de la posibilidad de aplicar la presunción de existencia de daño como consecuencia de una infracción de derecho de la competencia, el Tribunal es concluyente (§104):

"Teniendo en cuenta el artículo 22, apartado 1, de la Directiva 2014/104 , procede considerar que la presunción iuris tantum establecida en el artículo 17, apartado 2, de esta Directiva no puede aplicarse racione temporis a una acción por daños que, aunque fue ejercitada con posterioridad a la entrada en vigor de las disposiciones nacionales que transpusieron tardíamente dicha Directiva al Derecho nacional, se refiere a una infracción del Derecho de la competencia que finalizó antes de que expirara el plazo de transposición de tal Directiva."

Ahora bien, que ello sea, no impide que, como señaló la Audiencia Provincial de Pontevedra si bien en relación con el cartel de camiones, que se puede aplicar a un supuesto como el que nos comprende, "result[e]a posible inferir reglas de interpretación de los requisitos de aplicación del art. 1902 sustantivo singulares o específicas en el ámbito del Derecho de la competencia, que cubren los dos aspectos en discusión: presunción y cuantificación del daño" - como señala la SAP de Pontevedra, Sección 1ª, del 31 de julio de 2020 entre otras-. Así la Sentencia de esa misma AP, y sección SAP, Civil sección 1 del 31 de julio de 2020 (ECLI:ES:APPO:2020:1438), señala:

"34. Ninguno de los principios de Derecho comunitario atinentes a la aplicación de las Directivas puede resultar de aplicación al caso, porque la acción de daños ejercitada queda fuera de su ámbito de aplicación. Tampoco, por tanto, el principio de interpretación conforme de la Directiva, que exige el respeto al principio de irretroactividad de las normas. El principio de interpretación conforme tiene como finalidad asegurar la vigencia del Derecho comunitario, evitando que la transposición tardía de las Directivas frustre la finalidad de la norma y la aplicación de los principios de la primacía y del efecto directo del Derecho de la Unión. No obstante, en interpretación jurisprudencial (cfr. SSTJ 8.10.1987 y 4.7.2016), el principio de interpretación conforme permite a los tribunales interpretar el ordenamiento jurídico nacional desde el momento de la entrada en vigor de una directiva, " de manera tan amplia que permita llegar a un resultado compatible con el objetivo perseguido por ésta". Sin embargo, en el caso el principio de interpretación conforme no puede fundamentar la decisión del caso, toda vez que la Directiva no se encontraba en vigor, -ni sus normas sustantivas, ni sus normas procesales, en el período considerado: entre su publicación y la finalización del plazo de transposición. Con todo, debe advertirse que el repetido principio de interpretación conforme tiene un campo de actuación muy limitado en el caso, - como aquí sucede-, de que el ordenamiento nacional en cuestión no se aparte de los fines generales explicitados en las normas comunitarias. Como se verá, consideramos que ésta es la situación del ordenamiento español en el escenario anterior a la entrada en vigor de la Directiva.

35. En consecuencia, y por lo que se refiere al concreto problema planteado, el hecho de que no encuentren aplicación directa los principios de interpretación de las directivas, no impide que las normas nacionales aplicables al caso por razones temporales no permitan, -en los dos singulares aspectos que se plantean en el recurso: realidad del daño y cuantificación-, razonar en la forma que lo hace la sentencia de primera instancia. Como señalamos anteriormente, desde el punto de vista material no existen dudas sobre que la norma jurídica aplicable para resolver el litigio viene constituida por el art. 1902 del Código Civil , como norma nacional de articulación de las acciones de daños derivadas de las infracciones privadas del Derecho de la competencia (cfr. STS 651/2013, de 7 de noviembre , cártel del azúcar). Estas acciones encontraban fundamento en la jurisprudencia comunitaria antes de la promulgación de la Directiva (SSTJ 20.9.2001, Courage , C-453/99 , y 13.7.2006, Manfredi, C-295 y 298/04, entre otras), que enlazaron las acciones de daños con el Derecho primario (arts. 80 y 81 TCEE , hoy arts. 101 y 102 TFUE). Y de dicha doctrina jurisprudencial, nacional y comunitaria, resulta posible inferir reglas de interpretación de los requisitos de aplicación del art. 1902 sustantivo singulares



o específicas en el ámbito del Derecho de la competencia, que cubren los dos aspectos en discusión: presunción y cuantificación del daño.

36. En suma, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, la presunción de la causación del daño a consecuencia de la conducta colusiva de los cárteles, y la posibilidad de la estimación judicial del daño en los casos de dificultad probatoria para su cuantificación, son principios plenamente vigentes en la interpretación del art. 1902 en el contexto de las acciones de daños, por las siguientes razones:

a.) porque a ellos se llega desde la aplicación del efecto directo del art. 101 TFUE, ("norma de orden público esencial para el funcionamiento del mercado interior", según la sentencia Manfredi), y del Reglamento 1/2003; normas que reconocían ya el derecho al pleno resarcimiento de los perjudicados por los perjuicios sufridos por infracciones del Derecho de la competencia;

b.) por la necesidad de tomar en cuenta los principios comunitarios de equivalencia y de efectividad, de modo que las normas nacionales, -el art. 1902-, no pueden aplicarse de manera descontextualizada, de manera que en la práctica hagan imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho de resarcimiento reconocido en el TFUE, ni en forma menos efectiva de la que resulte en el enjuiciamiento de demandas similares en el Derecho nacional;

c.) la Directiva, a la vez que establece normas materiales y procesales novedosas, confirma el acervo comunitario sobre el ejercicio de las acciones de daños derivados de conductas infractoras del Derecho de la competencia; este acervo comunitario, sintetizado en las resoluciones del TJ mencionadas (sentencias Courage, Manfredi, Kone, entre otras), exige el respeto a aquellos principios, y establece criterios de valoración judicial del daño;

d.) otras disposiciones comunitarias, como la Comunicación de la Comisión sobre cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los arts. 101 y 102 TFUE, así como su Guía Práctica, reconocen igualmente el derecho al pleno resarcimiento, si bien dentro del marco de interpretación de las normas por parte del Derecho interno. La Guía Práctica, con cita del informe Oxera, reitera que estudios empíricos han demostrado que en el 93% de los casos examinados los cárteles ocasionan costes excesivos (vid. apartado 141), que concuerdan con otros estudios y con la práctica seguida por los tribunales (apartado 145); en la misma línea pueden citarse el Informe Ashurt de 2004, el Libro Verde de 2005, y el Libro Blanco de 2008.

e.) en Derecho español, la finalidad de la íntegra reparación del daño, como es notorio, ha determinado una evolución jurisprudencial en diversos aspectos de aplicación del art. 1902, tanto en materia de causalidad, como en la afirmación de una presunción sobre daños in re ipsa, (SSTS 8.4 y 21.4.2014, por todas);

f.) el principio de facilidad probatoria (art. 217 Ley de Enjuiciamiento Civil), y su aplicación jurisprudencial, modula, según es conocido, las reglas de distribución de la carga de la prueba; como expresa la Directiva, (considerando 14), las pruebas para acreditar la causación de daños y sus efectos no suelen estar al alcance de los demandantes, y esta realidad, -la disponibilidad probatoria-, ya era tenida en cuenta por el ordenamiento patrio, pese a la inexistencia de normas procesales específicas de acceso a fuentes de prueba;

g.) finalmente, la posibilidad de que los tribunales cuantifiquen el perjuicio sobre la base de estimaciones aproximadas o por consideración a razones de equidad, tampoco supone una técnica ajena o exorbitante a la interpretación jurisprudencial de la responsabilidad extracontractual. Así lo han entendido las resoluciones dictadas por diversos órganos judiciales al resolver exactamente la misma cuestión.

22. Desde esta Sala hemos sostenido reiteradamente que, aunque no resulten de aplicación ni la Directiva, ni la norma española de transposición, ni tampoco el principio comunitario de interpretación conforme, ello no impide razonar en la forma que lo hace la sentencia de primera instancia, en aplicación de la normativa nacional. En el plano material no existen dudas sobre que la norma jurídica aplicable para resolver el litigio viene constituida por el art. 1902 del Código Civil, como norma nacional de articulación de las acciones de daños derivadas de las infracciones privadas del Derecho de la competencia (cfr. STS 651/2013, de 7 de noviembre, cártel del azúcar). Estas acciones encontraban fundamento en la jurisprudencia comunitaria antes de la promulgación de la Directiva (SSTJ 20.9.2001, Courage, C- 453/99, y 13.7.2006, Manfredi, C-295 y 298/04, entre otras), que enlazaron las acciones de daños con el Derecho primario (arts. 80 y 81 TCEE, hoy arts. 101 y 102 TFUE)."

QUINTO.- Prescripción de la acción

Establecido el marco normativo aplicable, entiende la demandada que la acción ejercitada por la actora había prescrito a la fecha de presentación de la demanda- 03/06/2022-, por haber transcurrido más de un año previsto en el art. 1968.2º CC, desde que la parte actora estuvo en condiciones de ejercitarla, desde la fecha del dictado de la resolución de la CNMC el 23 de julio de 2015.

El argumento sostenido por la parte demandada no se puede compartir.



En cuanto al cómputo del plazo, deba aplicarse y computarse desde la fecha de firmeza de la resolución de la CNMC que adquirió con la desestimación del recurso de casación promovido por la demandada, es decir en fecha 7 de julio de 2021, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Secc. 3ª núm. de recurso 5.428/2020.

No tiene mucho sentido que la demandada haga una detallada defensa de sus pretensiones opositoras fundando esta causa de oposición en la fecha del dictado de la resolución de la CNMC pretendiendo que los perjudicados articulen su demanda a partir de la mencionada fecha. Ello es así por cuanto que:

1º. Para que la prescripción extintiva despliegue sus efectos es preciso concurren los requisitos siguientes: ser titular de un derecho, que sea apto para ser ejercitado; concurrir el abandono o la inacción de su titular durante los plazos fijados en las leyes; y que no existan actos, debidamente exteriorizados de conservación del derecho, que conformen legítimas causas de interrupción prescriptiva.

2º. Nuestro sistema procesal ante una pluralidad de procedimientos, con un objeto total o parcialmente idéntico, o cuya resolución pueda tener relevancia respecto a la cuestión litigiosa suscitada en otro nuevo proceso, reacciona mediante instituciones como la litispendencia, la cosa juzgada y la prejudicialidad, a fin de evitar innecesarios sobrecostes y una indeseable duplicidad de decisiones, eventualmente contradictorias.

3º. La regulación de la LDC antes de la modificación introducida por el Real Decreto Ley 9/2017, de 26 de mayo, no contemplaba el derecho al pleno resarcimiento de los perjudicados. La reforma introducida por la citada norma establecía en el art. 74 LDC;

"Artículo 74. Plazo para el ejercicio de las acciones de daños.

1. La acción para exigir la responsabilidad por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de las infracciones del Derecho de la competencia prescribirá a los cinco años.

2. 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.

3. 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.

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

Señalando a continuación el apartado primero del art. 75:

"1. La constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de 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".

Tomando en consideración lo expuesto, teniendo presente que la resolución de la CNMC no era firme y podía ser revocada, una interpretación coherente con lo expuesto impide que el cómputo del dies a quo, para el plazo de prescripción, se empezara a contar desde el 23/07/2015 y no desde la fecha de la firmeza de la resolución judicial por la que se constata la infracción cometida y se sanciona a las entidades infractoras por prácticas colusorias.

Tomando en consideración por ello la fecha de la Sentencia dictada por el TS (07/06/2021) y la de interposición de la demanda (03/06/2022) la acción no estaría prescrita, sin perjuicio claro está de la virtualidad interruptora de la prescripción de las reclamaciones extrajudiciales realizadas por la propia parte actora.

SEXTO.- *Presupuestos de la acción de responsabilidad por daños, ex art. 1902 CC*

Entrando a examinar el fondo de la cuestión controvertida se niega, por la demandada, la concurrencia de los presupuestos de la acción prevista en el art. 1.902 CC que se ejercita.

Estos requisitos son:

1. Acción u omisión dolosa o culposa generadora de una conducta imprudente o negligente
2. Causación de un daño
3. Relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño.

En el supuesto sometido a enjuiciamiento son hechos probados (ya mencionados) relevantes para la resolución del litigio:

1. La condición de perjudicada de la parte actora a consecuencia de las prácticas colusorias desplegadas por la parte demandada, en tanto es titular del vehículo marca Nissan, modelo QASHQAI MY 10- QASHQAI 1.5DCI 4X2 TEKNA SPORT- con placa de matrícula-LKY (bastidor núm. NUM001 , por importe de 20.786,63€ (compresivo de principal e impuestos IVA), fecha de adquisición el 29/04/2010.

2. La decisión de 23 de julio 2015 dictada por la CNMC en el expediente NUM002 , Fabricantes de automóviles, que resolvió:

"(...) Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Sexto de esta Resolución.

3. En la citada resolución se establece- folio 25- que la demandada intervino en:

"1. 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.

(...)

2. 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.

(...)

3. *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", (...)*

4. Los intercambios de información confidencial comprendían, gran cantidad de datos:

- i) la rentabilidad y facturación de sus correspondientes Redes de concesionarios en total y desglosado por venta de automóviles y actividades de posventa;
- ii) los márgenes comerciales y política de remuneración ofrecida por las marcas a sus Redes de concesionarios;
- iii) las estructuras, características y organización de sus Redes de concesionarios y datos sobre políticas de gestión de dichas Redes;
- iv) las condiciones de sus políticas y estrategias comerciales actuales y futuras de marketing de posventa;
- v) las campañas de marketing al cliente final;
- vi) los programas de fidelización de sus clientes.

Además, se refleja en la propia resolución que:

"Los intercambios de información confidencial comprendían gran cantidad de datos: (...)

- 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."

"De acuerdo con dicho sistema de distribución selectiva, el fabricante/distribuidor mayorista (la marca) vende el producto al concesionario/distribuidor minorista, que venderá el automóvil al cliente final en calidad de empresa



independiente en nombre y por cuenta propia. Si bien la fijación del precio de venta final del automóvil es responsabilidad del concesionario, está estrechamente relacionado con la política de remuneración establecida por la marca a su Red de concesionarios. Dicha remuneración se compone de una retribución fija o margen básico, no dependiente de la cantidad de vehículos vendidos por el concesionario y percibido como un menor precio (descuento) del precio pagado por el concesionario a la marca, y una retribución variable dependiente de la consecución de los objetivos de volumen de ventas y de satisfacción y lealtad de los clientes y que es percibida por el concesionario de modo diferido en el tiempo y de manera periódica."

"Es incuestionable que información actualizada relativa a precios, cantidades, listas de clientes o costes de producción se refiere a elementos claros de estrategia competitiva y como regla general será calificada como información estratégica a los efectos de calificar la conducta. Ello no obsta para que, dependiendo de las características concretas de los mercados afectados, elementos de información menos evidentes puedan también ser especialmente estratégicos y sensibles para la competencia. Tal es el caso de la amplia información intercambiada mediante las conductas objeto de este expediente, en lo relativo a aspectos tales como remuneración y márgenes comerciales a las Redes de concesionarios, con influencia en el precio final de venta fijado por éstos, así como condiciones de políticas y estrategias comerciales."

Finalmente, señala la CNMC en su resolución:

"Algunos elementos permiten valorar el grado de lesividad y el carácter dañino de la conducta dentro de las prohibidas por el artículo 1 de la LDC . En este sentido, la conducta no se ha materializado en una fijación explícita de precios o cantidades por parte de los partícipes si bien no cabe duda de que constituye un intercambio de información periódica, detallada, sensible y estratégica, con identificación de las marcas, sobre márgenes comerciales y políticas de retribución de las redes de concesionarios para eliminar incertidumbres sobre la evolución del mercado y asegurar su estabilidad, lo que se traduce en una significativa restricción de la competencia en la fijación de los precios finales y en la determinación de las condiciones comerciales de los automóviles distribuidos por las respectivas redes de concesionarios, así como de los servicios posventa prestados en ellos."- folio 92-

5. La STS de fecha 07/06/2021 señala en el fundamento de derecho tercero:

"(...) La información intercambiada y detallada en la resolución sancionadora comprende una gran cantidad de datos que recaen sobre: a) la rentabilidad y facturación de las redes de concesionarios en total y desglosada por venta de automóviles (nuevos y usados) y actividades de postventa (taller y venta de recambios), b) 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, con distinción de la retribución fija y la variable a los concesionarios, conceptos incluidos en cada tipología de retribución, sistema de bonus, financiación de campañas, verificación de objetivos y financiación de vehículos adquiridos por los concesionarios".

(...)

"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 etc...) 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 manioobra existentes, disminuyendo la competencia en el mercado. Así lo afirmamos ya en nuestra sentencia nº 1359/2018, de 25 de julio (rec. 2917/2016)".

En atención a lo expuesto, al contenido de la resolución de la CNMC y de los datos fácticos relevantes extraídos de la SAN y STS se puede concluir que:

1. Durante el período y lapso temporal que se mantuvo la infracción, existía intercambio de información entre las entidades mercantiles sancionadas por prácticas colusorias en el mercado.
2. Estas conductas infractoras, e intercambio de información tuvo reflejo en el precio de mercado de los vehículos comprados por los clientes finales.

La autoridad administrativa no tiene porqué analizar una posible infracción por efecto ya que, acreditado el objeto del intercambio de información, la administración podría imponer la sanción, sin necesidad de que hubiera una prueba directa e inequívoca del daño a los compradores finales.

Por ello se ha de concluir que concurren los dos primeros presupuestos de la acción del art. 1902 una acción de la demandada que intervino en el intercambio de información; su incidencia en el mercado y reflejo en la determinación de los precios finales de venta de automóviles. Ahora bien, habrá que analizar: si esos precios de venta causaron un verdadero perjuicio a la parte actora, y de ser así cuantificar el mismo. Ello en tanto que,

a tenor de las resoluciones administrativa y judiciales que obran en autos, no existe duda: sobre la existencia y comisión por la demandada de un acto ilícito y tampoco sobre la concurrencia de la relación causal de esa conducta ilícita con el daño causado.

SÉPTIMO.- Cuantificación del daño

Habiendo llegado a la conclusión de que el cártel ha causado daño en el mercado y en los precios finales de venta, como refiere la propia CNMC:

"La disminución de la competencia generada por tales intercambios de información durante los períodos en los que se produjeron se han trasladado al consumidor final en forma de menores descuentos, políticas comerciales menos agresivas por parte de las marcas y un menor esfuerzo por distinguirse de las otras empresas con unos servicios de más calidad. Las marcas participantes en el cártel gozaron, por tanto, de una protección respecto de su funcionamiento en el mercado impropia de un entorno competitivo en ausencia de intercambio de información sensible, beneficiándose ilícitamente de una estabilidad artificial en sus actuaciones en el mercado afectado."

Procede su cuantificación, cuestión cuya dificultad metodológica y complejidad ha sido reconocida ya reconocida por la doctrina y los tribunales a tenor de las resoluciones dictadas con motivo del conocido "cártel de camiones".

La problemática de este tipo de valoraciones de daños y perjuicios que, consisten en proyecciones por comparación entre la situación real consecuencia de la práctica restrictiva de la competencia y la situación hipotética contra-fáctica que hubiera acaecido de no haberse producido la práctica ilícita, se ve incrementada en la dificultad en el acceso a datos fiables, transparentes y reales en torno a las operaciones comerciales realizadas, durante el lapso temporal que duró la infracción, por las entidades mercantiles implicadas en la práctica colusoria, provocando incluso una asimetría informativa respecto al conocimiento de esos datos.

Asimetría informativa que es reconocida en las resoluciones del TJUE, así en la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de junio de 2022 (ECLI:EU:C:2022:495) hace referencia a la asimetría en el acceso a la información:

"(...) ha de tenerse en cuenta que los litigios relativos a infracciones del Derecho de la Unión en materia de competencia y del Derecho nacional en esa misma materia se caracterizan, en principio, por una asimetría de información en detrimento de la persona perjudicada por la infracción, como se recuerda en el considerando 47 de la Directiva 2014/104, lo que hace que sea para el perjudicado más difícil obtener la información imprescindible para ejercitar una acción por daños que para las autoridades de competencia recabar la información necesaria para ejercitar sus prerrogativas de aplicación del Derecho de la competencia (...)"

No obstante, ello, no puede ser un obstáculo que impida que las víctimas reciban un importe de indemnización adecuado por el perjuicio sufrido, lo que justificaría una mayor amplitud del poder de los jueces para estimar el perjuicio, siempre que la parte que reclama haya realizado un esfuerzo probatorio suficiente y razonable en atención a las circunstancias concretas del caso.

La guía práctica de la Comisión para la cuantificación del perjuicio en estas demandas dice que la cuestión clave es "determinar qué habría ocurrido probablemente sin la infracción" reconociendo que "es imposible saber con certeza cómo habría evolucionado exactamente un mercado si no se hubieran infringido los artículos 101 y 102 TFUE".

La doctrina indica que en lo relativo a la acreditación del daño a fin de poder cuantificar el importe de la reclamación, esto es, del informe pericial que debe acompañar a las demandas, debe basarse en un estudio econométrico riguroso, que incluya escenarios contrafactuales y dotado del suficiente volumen de datos como para hacer funcionar la fórmula algorítmica de cálculo del daño.

Esta cuantificación la debe hacer la parte actora sobre la que pesa la carga de la prueba del perjuicio sufrido, conforme al artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; perjuicio específico y concreto, y cuantificarlo.

Clave para la valoración de los informes periciales en el marco de las acciones de daños y perjuicios derivados de los ilícitos concurrenciales, son los parámetros que se fijan en la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013, en la que, con ocasión de la defensa del "passing on" articulada por la parte demandada en el denominado "cártel del azúcar", apuntó a la imposibilidad de realizar una reproducción perfecta de cuál hubiera sido la situación de no haberse producido la conducta ilícita, lo que constituye un problema común a todas las valoraciones de daños y perjuicios que consisten en proyecciones de lo que habría sucedido si aquella no hubiera tenido lugar. Y fijó los criterios que podemos sintetizar del siguiente modo:

"a. El informe pericial que tenga por objeto la cuantificación del perjuicio derivado de la infracción, en el escenario de dificultad probatoria apuntado, tiene que partir de una hipótesis razonable y técnicamente fundada en datos



contrastables y no erróneos. Añadimos a lo indicado por el Tribunal Supremo la importancia de la cualificación del perito, su conocimiento del mercado afectado, el método elegido y la fundamentación de sus conclusiones. Sin perjuicio de los soportes necesarios para justificar su opinión técnica sobre lo controvertido, y de la complejidad inherente a las cuestiones examinadas, lo que debe aportarse al Tribunal son sus conocimientos aplicados al caso (derivados de sus máximas de experiencia) que permitan el resarcimiento del daño, de acuerdo con lo que constituye su función en el proceso judicial, esto es, aportar los conocimientos científicos, técnicos o prácticos que requiere el asunto sometido a la decisión de los jueces. Ello no implica una exigencia en términos de certeza cuando tal certeza no es posible, pero sí una justificación completa y adecuada en términos de probabilidad. En el apartado 17 de la Guía de la Comisión se indica que "la cuantificación del perjuicio en asuntos de competencia está, por su propia naturaleza, sujeta a limitaciones considerables en cuanto al grado de certeza y precisión que puede esperarse. No puede haber un único valor "verdadero" del daño sufrido que pueda determinarse sino únicamente las mejores estimaciones basadas en supuestos y aproximaciones. Las disposiciones jurídicas nacionales aplicables y su interpretación deben reflejar estas limitaciones inherentes en la cuantificación del perjuicio en demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 y 102 TFUE de acuerdo con el principio de efectividad del Derecho de la UE, de manera que el ejercicio del derecho a solicitar daños y perjuicios garantizado por el Tratado no sea excesivamente difícil o imposible en la práctica." En definitiva; el perito ha de partir de bases correctas (teniendo presente la existencia y naturaleza del concreto cártel que examina y su incidencia en el mercado), ha de utilizar un método adecuado e hipótesis de trabajo "razonable" (y razonada técnicamente, sustentada sobre datos contrastables, no erróneos), debe definir o delimitar el período temporal al que se contrae el informe, y contener las modulaciones necesarias (variación de costes, desprecio de factores irrelevantes y aplicación de las oportunas actualizaciones, cuando proceda).

b. Respecto del contrainforme aportado por el responsable del daño, no bastará que se limite a cuestionar la exactitud y precisión del informe que se rebate, sino que habrá de justificar una cuantificación alternativa mejor fundada. La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013, rechazó el contrainforme elaborado por la demandada en aquel proceso porque "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".

Partiendo de estas consideraciones la parte actora aportó con la demanda el informe realizado por el perito Don Ángel Daniel, con la cualificación profesional de Ingeniero Técnico Industrial, especialidad en Mecánica. Respecto de este informe, incorporado como documental a los autos, el mero descredito basado en la falta de ratificación de la pericia en el procedimiento o de aclaraciones o explicaciones dadas por el autor del informe, no es óbice para restar valor al informe como prueba documental- tal y como, en términos similares y de forma más extensa señaló la parte demandada en el acto de juicio-. Por ello se debe examinar el contenido del informe al objeto de concluir si el mismo cumple los parámetros fijados en la doctrina y jurisprudencia respecto a los daños sufridos con motivo de prácticas colusorias en las que participó la parte demandada.

En el informe de la parte actora se observa que:

Por un lado, dedica las páginas 1 a 40 a disertar sobre las prácticas colusorias sancionadas por la CNMC.

Por otro lado, a partir del folio 40 se refiere al análisis y comparación de los mercados de automóviles en distintas regiones, escogiendo dos índices principales. El volumen de vehículos nuevos vendidos; el HIPC de vehículos, que es el índice armonizado de precios en la Unión Europea. El HIPC, como refiere el informe, se obtiene como resultado de la homogeneización de los aspectos metodológicos más significativos de cada Índice de Precios de Consumo de cada uno de los estados de la Unión Europea con el fin de hacerlos comparables.

El HIPC utilizado en el informe es el referente a vehículo que permite, según señala el informe, medir los cambios producidos en los precios de los vehículos, en España y en otros países de la UE.

Este índice permitió comparar "la evolución de los precios de vehículos y el comportamiento de las empresas distribuidoras en cada territorio, tanto en el período cartelizado español (2006-2013) como fuera de él (antes de 2006 y después de 2013)"- folio 41 del informe-.

Respecto del HIPC refiere el informe que: "En situaciones normales de mercado, en periodos en que hay una bajada drástica en la demanda, la oferta se ve afectada de manera análoga, situación que no ocurre en estos países durante el periodo cartelizado".

Y continúa señalando: "es claro el normal comportamiento de un mercado cuando vive una situación de crisis y se desploman sus ventas, por lo que, como afirma la teoría económica básica, los desplazamientos de demanda -debido a cualquiera de los factores que influyen en la misma- provocan un cambio en el precio del bien y, en consecuencia, de los márgenes", según esto señalan se aprecia una bajada de precios en mercados



no cartelizados. Así refieren: "En los mercados no cartelizados, la relación entre volúmenes de ventas de vehículos y HIPC de vehículos sigue un comportamiento lógico: una bajada pronunciada en las ventas tiene un reflejo en el precio de los vehículos."

Comparando el mercado español con el de Irlanda señala que:

"En cómputo global, en España, entre el año 2006 y 2013, las ventas se desploman un 56% y en Irlanda un 58%. Sin embargo, mientras el índice de precios de vehículos en Irlanda baja un 20,5%, en España crece un 0,5%."

Señalan además en el informe que, pasar de los años de crisis que se incluyen dentro del período cartelizado: "(...) podemos decir que los precios, a pesar de la bajada de la demanda, y como así se desprende del HIPC de vehículos, incluso aumentaron, a pesar de que hubo años en que existió un exceso de stock por parte de los concesionarios de unas 400.000 unidades. También a pesar de las ayudas que se dieron en el sector. Esta situación es compatible con la existencia de un acuerdo global de no competencia".

En cuanto al método o métodos empleados para cuantificar el daño se basa en crear un escenario contrafactual ateniendo: a un mercado geográfico distinto, pero de características similares; o el mismo mercado en un momento anterior y/posterior a la infracción (aplica en este caso los modelos ARIMA y ARIMAX (creando un escenario previo a la infracción); y el método diferencia a diferencia.

Aplicando lo anteriores métodos en el informe se llega a las siguientes conclusiones respecto del sobrecoste sufrido a consecuencia de las practicas colusorias:

Por lo que concluye que el perjuicio sufrido por la parte actora sería de un 14,42%+ 0,36%.

La parte demandada aporta un informe elaborado por COMPASS LEXCON, aportado con contestación.

En su informe se señala:

1. Método diacrónico, *"no hay una diferencia estadísticamente significativa entre los precios medios de los vehículos Nissan vendidos durante y después del Periodo de Infracción. Esto significa que la información pública disponible a partir de Datos BOE indica que no hay evidencia empírica de la existencia de un sobreprecio"*.

2. Método diferencia a diferencia: *"La aplicación de la metodología DiD a los datos públicos disponibles del HICP en España y en la Eurozona utilizando el análisis de regresión indican que no hay evidencia empírica de que la Infracción haya generado un sobreprecio"*.

Respecto del primero de los métodos empleado, el método diacrónico, el propio dictamen identifica las limitaciones, respecto de los datos empleados, Datos BOE, que no incluyen descuentos; no reflejan precios de vehículos nuevos porque incluyen la depreciación sufrida por el automóvil durante el primer año de vida del mismo; no recogen todas las características de los vehículos incluidos en los datos; y finalmente, no proporcionan ninguna información sobre los costes de fabricación de los vehículos. Por ello concluyen que *"la información pública disponible indica que no hay evidencia empírica de la existencia de un sobreprecio"*, por ello refieren *"la diferencia no es estadísticamente diferente de cero. El coeficiente estimado tiene un p-valor de 0,687, lo que indica que la diferencia entre los precios antes y después de la Infracción se debe, con una alta probabilidad, a variaciones aleatorias en los datos. En concreto, la probabilidad de estimar un efecto sobre los precios del 0,2% o más si el verdadero efecto sobre los precios fuera del 0% sería de más del 68,7%, muy por encima del umbral científico convencional del 5%"*.

En cuanto al segundo de los métodos utilizados en el informe de la parte demandada, el de diferencias en las diferencias previa aplicación de una fórmula, con variables poco claras, para realizar el ajuste (análisis de regresión), concluye que incluso durante el período cartelizado pudo haberse producido un descenso generalizado en los precios: *"el efecto estimado oscila entre -2,9% y el -0,5% cuando utilizamos información del periodo completo. Cuando excluimos el periodo previo a la entrada del Euro y el periodo afectado por la pandemia, el sobreprecio estimado oscila entre -2,3% y -1,1%"*- página 29 punto 2.56-

Visto el informe pericial de la parte demandante y los datos manejados en el informe de la demandada- quien no tuvo acceso a datos reales-, Datos BOE..., se ha de señalar que es desconcertante y provoca desconfianza, la conducta desplegada por la demandada quien teniendo acceso a fuentes de prueba no aportó datos reales y veraces, a sus propios peritos, para elaborar el informe.

La demandada tenía y tiene acceso a esos datos tanto anteriores al período de infracción como a los posteriores a él. Lo anterior, no permite valorar de forma positiva el informe de la demandada pues la misma disponía de información real de ventas y precios de sus propios vehículos fabricados y comercializados por Nissan durante el período anterior a la infracción, el período afectado por la infracción y el posterior. Además, pudo, podía y puede conocer los precios de venta los concesionarios, así como los descuentos, incentivos o rápeles ofrecidos a los concesionarios para favorecer los objetivos de venta.

En consecuencia, la valoración conjunta de ambos informes, unida a la escasa credibilidad de un informe como el elaborado a instancias de la demandada en el que se constata que Nissan no aportó datos reales y veraces poniéndolos a disposición de sus peritos permite evidenciar la existencia de daño, y que la infracción por objeto por la que fue sancionada la demandada tuvo "efectos" no solo en el mercado sino en el cliente final, permitiendo a la demandada la fijación de precios con aplicación de un sobrecoste que no se hubiera producido en un mercado no cartelizado.

Ateniendo a lo expuesto, así como a la complejidad de la valoración que se hace patente en los informes aportados por cada una de las partes que, tras el análisis pormenorizado de la cuestión, llegan a conclusiones contrapuestas, concluyendo la pericial de la actora que existieron sobrecostes consecuencia de las prácticas sancionadas. Un examen conjunto de toda la prueba permite tener por probado que:

Primero, la parte actora ha hecho un esfuerzo razonable, aunque no pleno, por aplicar distintos métodos para llegar a sus conclusiones.

Segundo, ninguno de esos métodos empleados en el informe de la demandada es perfecto, pero han partido de datos razonables, especialmente los que afectan al segundo de los métodos empleados, aunque sus conclusiones no sean completamente fiables.

Todo ello sin omitir que es complejo llegar a conocer cómo hubiera reaccionado el mercado en caso de no existir intercambio de informaciones por prácticas colusorias, sobre todo cuando los mercados se van afectados por distintas variables como señala el informe de la parte demandada.

Todo ello unido a las dudas y debilidades evidentes, y ya citadas, del informe de la parte demandada- quien tenía acceso a fuentes de prueba pues a la sazón ha sido sancionada por prácticas colusorias-, determina mayor credibilidad que ha de darse al informe de la parte actora, con las dudas ya expuestas. Informe que tampoco ofrece certezas en cuanto a la cuantificación del daño y el porcentaje del sobrecoste señalado.

En consecuencia, acreditada 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, resulta de aplicación el criterio de estimación judicial del daño que se ha plasmado en la ya citada STJUE de 22/06/22, que sostuvo el carácter procesal del contenido del artículo 17 Directiva 2014/104 y art. 76.2 LDC: "(...) 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, atendiendo al criterio sentado por la Ilma. AP de Pontevedra en el cartel de los camiones se considera un perjuicio razonable el 5% del precio total de adquisición del vehículo, de acuerdo a los criterios recogidos a la hora de la fijación judicial del daño ante las dificultades probatorias de su exacta cuantificación, procederá fijar como indemnización un porcentaje del 5% (no del 16,68% como fija la parte actora) sobre el precio de adquisición de los camiones.

Lo que supone en este caso un daño cuantificable en la suma de 1.039,33€, a que asciende el 5% del precio de adquisición del vehículo- Marca Nissan, modelo QASHQAI MY 10- QASHQAI 1.5DCI 4X2 TEKNA SPORT-, con placa de matrícula-LKY (bastidor núm. NUM001 , por importe de 20.786,63€, fecha de adquisición el 29/04/2010-.

OCTAVO.- Intereses

En lo que respecta a los intereses se debe acoger el criterio seguido por la Ilma. AP de Pontevedra sección 1ª en la Sentencia núm. 122/2021 de 1 de marzo de 2021 (ROJ: SAP PO 325/2021 - ECLI:ES:APPO:2021:325), que señala:

"56. La reparación íntegra del daño exige también el derecho a percibir la obligación accesoria de interés (asunto Manfredi, C-295/0 a 298/04, apartado 95), elemento indispensable de reparación, según la Guía Práctica (vid. apartado 20). La deuda indemnizatoria se concibe como una deuda de valor, de manera que la obligación accesoria de interés presenta la misma finalidad de lograr la restitutio in integrum, y forma parte así de la finalidad del mecanismo de indemnización (criterio que luego recogerá el considerando 12 de la Directiva). De ahí la aplicación general al caso de los arts. 1101 y 1108 sustantivos, complementarios del régimen general de la



responsabilidad extracontractual. No se trata de una obligación sancionadora, por lo que el argumento relativo a la justificación de la oposición carece de fundamento."

La fecha de devengo del interés será por tanto la de la adquisición de cada vehículo, sin perjuicio de los intereses previstos en el art. 576 LEC.

NOVENO.- Costas

En relación a las costas: no ha lugar a la imposición de costas en tanto la demanda ha sido estimada parcialmente.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que **estimo parcialmente** la demanda interpuesta por DON Demetrio , mayor de edad, titular del NIF NUM000 , representado por el Procurador de los Tribunales Sr. Escariz Vázquez, frente a la entidad **NISSAN IBERIA SA** representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Castillo González, en consecuencia, **debo condenar y condeno** a la demandada **NISSAN IBERIA SA** a los siguientes pronunciamientos:

1. A pagar a DON Demetrio , la cantidad de **1.039,33€ (mil treinta y nueve euros con treinta y tres céntimos)**.
2. La citada cantidad se incrementará en el interés legal computado desde la fecha de adquisición de vehículo objeto de litigio, sin perjuicio del interés previsto en el art. 576 de la LEC.
3. No ha lugar a la imposición de las costas causadas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE la presente Sentencia a las partes, haciéndoles saber que la misma es firme, sin que contra ella pueda interponerse recurso de apelación, a tenor de lo establecido en el artículo 455 de la LEC, desde su reforma por Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal.

Llévese el original al libro de sentencias.

Así por ésta mi Sentencia, lo pronuncia, manda y firma, DOÑA AMELIA MARÍA PÉREZ MOSTEIRO, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra (sede en Vigo).

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada por la Sra. Magistrada-juez que la suscribe en el mismo día de su fecha, hallándose celebrando audiencia pública; Doy fe.

NOTA: De conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, se informa que la difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que se ha dictado sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela, y a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.