



## WWW.CONSULTORESTECNICOS.ES

Roj: **SJM BA 487/2023 - ECLI:ES:JMBA:2023:487**

Id Cendoj: **06015470012023100019**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Badajoz**

Sección: **1**

Fecha: **05/04/2023**

Nº de Recurso: **140/2022**

Nº de Resolución: **22/2023**

Procedimiento: **Juicio verbal**

Ponente: **ZAIRA VANESA GONZALEZ AMADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**JDO. DE LO MERCANTIL N. 1**

**BADAJOZ**

**SENTENCIA: 00022/2023**

**SENTENCIA Nº 22/2023**

**JUZGADO MERCANTIL Nº 1 DE BADAJOZ.**

**JUEZ DOÑA ZAIRA GONZÁLEZ AMADO.**

**JUICIO VERBAL 140/ 22.**

**DEMANDANTE:** Doña Emma

**ABOGADO:** Don José Antonio Márquez Garrido.

**DEMANDADO:** DISTRIBUCION Y VENTAS S.L. y sus administradores.

**ABOGADO:** Don Francisco J. Elías Mesías.

**PROCURADOR:** Doña Eva María Vaca Marín.

En Badajoz, a 5 de abril de 2023.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Con fecha 10 de junio de 2022 se presenta demanda de procedimiento verbal por el letrado, Don José Antonio Márquez Garrido, en nombre y representación de Doña Emma contra DISTRIBUCION Y VENTAS S.L., y sus administradores sociales, Don Argimiro, Don Artemio, y Don Aureliano, solicitando la condena solidaria de los demandados abonar la cantidad de 1.406,38 euros, así como los intereses legales y costas.

**SEGUNDO:** Turnada a este Juzgado la demanda, se admitió a trámite por decreto, dándose traslado a los demandados, que contestaron a la demanda, el 18 de julio de 2022, oponiéndose a la misma, citándose a las partes a la vista el 22 de noviembre de 2022.

**TERCERO:** En el acto de vista se contestaron las excepciones procesales, quedando los autos pendientes de dictar sentencia.

**CUARTO:** En la tramitación de esta causa se han observado todas las prescripciones legales salvo el plazo para dictar sentencia debido a la complejidad de este tipo de procedimientos.

### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.- Objeto del procedimiento. Pretensiones de las partes.**



La parte actora en su escrito de demanda solicita la que se condene a la parte demandada al pago a la parte actora la cantidad de 1.406,38 2euros, intereses y costas, como consecuencia de la infracción del Derecho de la Competencia. Todo ello lo solicita derivado de los daños causados por prácticas restrictivas de la competencia basándose en los siguientes postulados:

a) Alega que su cliente adquirió el vehículo NISSAN modelo QASHQAI , matrícula .... LBQ , por el que pagó 19.098,36 euros.

b) Alega que el 23 de julio de 2015 la Sala de Competencia del CNMC dictó una resolución en el expediente NUM000 , contra diversos fabricantes por prácticas restrictivas de la competencia conforme el art. 101 TFUE y arts. 1 de la LDC. Resultado de dicha resolución, la CNMC sancionó a un total de 21 empresas que operaban en el mercado de distribución y comercialización de vehículos a motor y 2 auditoras. La resolución fue recurrida ante los órganos jurisdiccionales. La Sección Sexta de la Audiencia Nacional, en resoluciones de 19, 23 y 27 de diciembre de 2019 desestimó los recursos presentados. Posteriormente, se formuló recurso extraordinario de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que también rechazó la oposición y confirmó las decisiones adoptadas. *En concreto se sanciona a la demandada por participación en el cartel de información confidencial, futura, estratégica en el área de gestión empresarial, y marketing.*

c) Alega que como consecuencia de dicha práctica restrictiva de la competencia se le ha causado a la actora un perjuicio, habiendo quedado determinado por el perito de la actora dicho perjuicio.

La parte demandada DISTRIBUCION Y VENTAS S.L., y sus administradores sociales se opone a la demanda, alegando falta de legitimación pasiva, habida cuenta que los administradores sociales no son posibles sujetos pasivos de la acción, a lo que se añade que no eran administradores sociales en el momento de la compra. Por otro lado, el concesionario es independiente que no se encuentra entre las entidades sancionadas por lo que no se encuentra obligada a devolver cantidad alguna.

A ello añade, prescripción, y disconformidad respecto a la responsabilidad de la demandada, disconformidad con la existencia de la propia acción sancionada por la CNMC en cuanto a que produzca el efecto que se demanda, disconformidad con la existencia del daño, disconformidad con la existencia de relación de causalidad, y disconformidad con la cuantificación del daño del informe pericial del actor.

Por tanto habrá que analizarse en esta demanda la falta de legitimación pasiva de DIVENSA y los administradores sociales, y en cuanto al fondo, disconformidad con la propia acción, con la relación de causalidad entre la conducta sancionada por la Comisión y la demanda efectuada contra la demandada, y disconformidad con la existencia de daño, y disconformidad con la cuantificación del daño.

## **SEGUNDO. - Acción ejercitada. Régimen legal aplicable.**

### **a) Acción concreta ejercitada.**

Se ejercita en este procedimiento una acción de reclamación de cantidad como consecuencia del ejercicio de la acción de daños y perjuicios derivados de una decisión de la CNMC sobre práctica restrictiva de la competencia. Se ejercita una **acción follow on**, derivada de una decisión adoptada por la CNMC.

En la Resolución de 23-7-2015, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 1 LDC la cual se refiere a una infracción única y continuada del artículo 1 LDC, se sancionaba a los destinatarios de la Decisión figurando entre los sancionados **NISSAN**, por su participación en, según página 25 de la Resolución:

1.- *Intercambios de información comercialmente sensible sobre la estrategia de distribución comercial, los resultados de las marcas, la remuneración y márgenes comercialesa 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, CITROËN, 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.*

Estos intercambios de información confidencial comprendían, por tanto, gran cantidad de datos, tales como (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.

Todo ello forma parte de un acuerdo complejo, en el que se subsumen múltiples acuerdos de intercambio de información comercialmente sensible, participando 14 del total de las marcas incoadas, en concreto, 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.

Además, como se expone en la página 27 de la Resolución, los intercambios de información confidencial abarcaban datos relativos a rentabilidad, facturación de redes de concesionarios, márgenes comerciales, política de remuneración, estructura y organización de sus concesionarios, condiciones de estrategias comerciales, marketing al cliente final, fidelización, etc.

*Por ello, en resumen, se ejercita por los adquirentes de vehículos a motor Renault, una acción follow on derivado de una Decisión de la CNMC, que se circunscriben a la de 23-7-2015.*

Dicha Resolución fue recurrida, dictándose sentencia por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 27 de diciembre de 2019, desestimando el recurso contra la Resolución, imponiendo la multa de 18.203.422 euros, por apreciar la comisión de la infracción al considerar que intercambiaron información con otras empresas fabricantes e importadoras de vehículos de motor en España .

Esta resolución fue recurrida, dictándose finalmente STS de fecha 6-5-2021 que desestima el recurso del recurrente, determinando en cuanto a la incidencia en el precio que " *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 maniobra existentes, disminuyéndola competencia en el mercado. Así lo afirmamos ya en nuestra sentencia nº 1359/2018, de 25 de julio (rec.2917/2016) .*

*En ella, también sostuvimos que aun siendo datos referidos al presente "se trata de una información con proyección futura" pues desvela elementos esenciales del precio que se puede aplicar en el futuro, lo que implica poner en conocimiento del competidor información que revela no solo la estrategia comercial actual sino la correspondiente a un futuro cercano, con el resultado objetivo de reducir la incertidumbre del comportamiento en el mercado, lo que permite alcanzar la conclusión, al igual que lo hicimos en la citada sentencia, de que el intercambio de esta información constituye una práctica concertada que puede considerarse una infracción por el objeto ya que por su propia naturaleza era apta para incidir en el comportamiento de las empresas en el mercado".*

#### **b) Directiva de Daños y Real Decreto-Ley 9/2017 de 26 de mayo.**

Se dictó Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea Texto pertinente a efectos del EEE, para su trasposición a más tardar en fecha 27-12-2016 (art. 21).

Se traspuso la misma, conforme 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 y además en el mismo se determina respecto al derecho transitorio en su DT 1ª 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 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.

### c) Régimen legal aplicable.

En relación con el *régimen legal aplicable*, si acudimos a la propia Directiva a su art. 22, aplicación en el tiempo, en el mismo se determina que los estados miembros aseguren que las medidas nacionales conforme el art. 21 no se apliquen con carácter retroactivo.

Atendiendo al Código Civil, el art. 2.3 Cc determina que "3. Las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario" y el art. 9.2 CE determina que "3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos".

Por tanto, el régimen general aplicable que debe de atenderse en estas reclamaciones se circunscribe en teoría al vigente a la fecha de producción de los hechos que son 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, y por ello dicho régimen se circunscribe a la LDC en la fecha de producción de los hechos, siendo una acción de reclamación que se sustenta en el art. 1902 CC.

En este sentido se han pronunciado la práctica totalidad de la jurisprudencia menor, destacando por todas la ST AP Madrid S 28 de 28-1-2022 que determina en su fundamento quinto en relación con el cartel de camiones que "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".

Debemos establecer que estamos ante reclamaciones de cantidad (pretensiones de resarcimiento) derivadas de una acción follow on, donde queda determinada la infracción realizada por la sancionada, y cuyos hechos controvertidos se centran en cuanto al fondo en relación con la relación de causalidad entre la acción y el daño, y la existencia o no de daño, así como su cuantificación. Aunque el demandado manifieste como motivo de oposición la propia acción en sí, debe reconducirse a su análisis dentro de la relación de causalidad y el daño producido, ya que la acción en sí misma queda acreditada por la Resolución dictada.

En el presente caso, en particular, antes de entrar en el fondo del asunto se debe determinar la legitimación pasiva.

### TERCERO. - Falta de legitimación pasiva.

Alega el demandado DIVENSA en su contestación falta de legitimación pasiva, por cuanto no es destinatario de la Resolución de la CNMC. A ello se añade que los administradores sociales de la entidad ni eran administradores en el momento de adquirirse el vehículo, ni son sujetos pasivos de la acción.

En relación con esto último, debe estimarse la oposición de la demandada por cuanto los administradores sociales sólo son responsables de las deudas de la Sociedad de forma subsidiaria y en determinadas circunstancias, ninguna de las cuales ha sido objeto de argumentación o prueba en la demanda, por lo que, obviamente, dichos sujetos no son responsables en ninguna medida de la acción ejercitada.



Con respecto a la responsabilidad del concesionario, atendiendo al contenido de la Resolución donde se sanciona a empresas fabricantes de vehículos por dicho intercambio de información referido, y que la demandada DIVINSA no ha sido destinataria, debe apreciarse la falta de legitimación pasiva alegada por cuanto no hay ningún argumento en la demanda que pueda conducir a apreciar la aplicación de dicha Resolución al demandado, no destinatario de la misma.

Si bien el demandado puede haber procedido a la adquisición del vehículo de NISSAN, y a la venta del vehículo, consta aportado ser concesionario independiente, sin ningún tipo de relación con la conducta objeto de sanción en la Resolución. La resolución de la CNMC sanciona conductas colusorias realizadas por dichos fabricantes, sin existir ningún vínculo con la demandada.

Por lo expuesto, se estima la falta de legitimación pasiva ad causam alegada por esta demandada, y en consecuencia, la sentencia ha de ser totalmente desestimatoria.

#### **CUARTO.- Costas.**

El artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

Si fuera parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonara las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiera méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad.

Dada la desestimación total de la demanda, las costas se imponen a la actora.

#### **FALLO**

Que debo **DESESTIMAR Y DESESTIMO** la demanda interpuesta por Don José Antonio Márquez Garrido, en nombre y representación de Doña Emma contra DISTRIBUCION Y VENTAS S.L., y sus administradores sociales, Don Argimiro, Don Artemio, y Don Aureliano, imponiendo las costas a la parte demandante.

Notifíquese a las partes esta sentencia, con la advertencia de que la misma es firme y no se puede interponer recurso alguno, según la redacción dada al artículo 455 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley de Agilización procesal de 10 de octubre, con entrada en vigor el 1 de noviembre de 2011.

Llévese testimonio de la presente a los autos de su razón con archivo del original en el Libro de Sentencias.

Así por esta mi sentencia, la pronuncio, mando y firmo