



Roj: **SJM V 13969/2022 - ECLI:ES:JMV:2022:13969**

Id Cendoj: **46250470012022100023**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Valencia**

Sección: **1**

Fecha: **16/12/2022**

Nº de Recurso: **477/2022**

Nº de Resolución: **273/2022**

Procedimiento: **Juicio verbal (Art. 250.2 LEC)**

Ponente: **SALVADOR VILATA MENADAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE VALENCIA

N.I.G.:46250-66-1-2022-0002696 **Procedimiento: Juicio verbal (250.2) [VRB] - 000477/2022-7**

De: Dña. Irene Procuradora Sra. BOSCA CASTELLO, ALEJANDRINA Contra: BMW IBERICA SA Procurador Sr. HERNANDEZ BERROCAL, JAVIER

SENTENCIA Nº 273/2022

En Valencia, a dieciséis de diciembre de dos mil veintidós.

VISTOS por el Ilmo. Sr. D. SALVADOR VILATA MENADAS, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil num. 1 de Valencia, los presentes autos de juicio verbal, registrados con el numero 477/2022 de los asuntos civiles de este Juzgado; siendo partes Dña. Irene , representada por el Procurador Sra. Boscá Castelló y asistido del Letrado Sr. Llopis Arnero, como parte demandante y la entidad BMW IBERICA S.A., representado por el Procurador Sr. Hernández Berrocal y asistido del Letrado Sr. Magallanes Bendicho, como parte demandada, se procede,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

a dictar la presente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La expresada parte demandante promovió demanda, que por reparto fué turnada a este Juzgado dando lugar a la formación de los presentes autos num. 477/2022, frente a la ya citada entidad demandada, interesando que tras los trámites procedimentales oportunos se dictase sentencia conteniendo los siguientes pronunciamientos de condena:

1. A indemnizar a la actora en la cantidad de 3.828,14€ en concepto de restitución del sobre coste derivado de su conducta anticompetitiva. 2. A abonar la cantidad de 1.682,43€ correspondiente a los intereses legales producidos por la cantidad cobrada por la demandada en exceso, desde la fecha de pago hasta la interposición judicial del presente procedimiento. 3. Al pago de los intereses procesales desde la interposición de la presente demanda hasta el completo pago de lo declarado en Sentencia. 4. Todo ello con expresa imposición de las costas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada para que en diez días compareciere en autos y la contestase, lo que vino verificado en legal forma. Seguidamente se convocó a la celebración de la vista de juicio verbal, que tuvo lugar en fecha 12 de diciembre de 2022, concurriendo las partes que por su orden ratificaron sus respectivos escritos procesales e interesaron el recibimiento del pleito a prueba, lo que vino oportunamente proveído, todo ello con el resultado que ha quedado recogido en el pertinente soporte audiovisual.



TERCERO.- Practicados los medios probatorios que propuestos habían venido admitidos como pertinentes y útiles, con el resultado que consta en las actuaciones, quedaron los autos conclusos para dictar sentencia en fecha 12 de diciembre de 2022.

CUARTO.- Que en la sustanciación de este procedimiento se han observado las formalidades legales pertinentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte demandante sostiene en estos autos pretensión de reclamación dineraria fundada en una denunciada infracción de la libre competencia, a partir del conocimiento de la Resolución de la CNMC de fecha 23 de julio de 2015 (Expediente NUM000), por virtud de la cual, y en el marco de un programa de clemencia, se impone sanción económica a diversos fabricantes/distribuidores de vehículos automóviles.

A partir de tales presupuestos de hecho la actora reclama en su demanda inicial la cantidad de 3.828,14.- euros. La actora ha adquirido en fecha 15 de octubre de 2009 el vehículo BMW matrículaBQM , por un precio de 26.988,82.- euros (sin IVA).

La parte demandada ha comparecido en las actuaciones y se ha opuesto a la demanda deducida de contrario, por las consideraciones que al efecto se han desarrollado, impetrando la desestimación de aquélla en cuanto que se mantiene que ninguna conducta infractora se ha desarrollado de la que se haya derivado perjuicio económico para la ahora actora.

Se ha planteado por la parte demandada, en su escrito de contestación, la virtualidad de la excepción de prescripción de la acción, y de inadecuación de procedimiento. A tales supuestos se dio el tratamiento correspondiente en el acto de la vista de juicio verbal ex artículo 443de la LEC, desestimándose el supuesto denunciado de la inhabilidad del cauce procedimental seguido y bien entendido que la prescripción es un supuesto en todo caso a resolver en sede de sentencia definitiva.

La excepción de prescripción de la acción debe ser desestimada. No es dudoso que tal es merecedor en todo caso de interpretación restrictiva habida cuenta la tensión dialéctica que suscita entre los criterios de seguridad jurídica y de justicia material. Pues bien, en estos casos, y bien entendido que el dies a quo viene fijado conforme al artículo 1969 del Código civil, la actora sólo dispone de la posibilidad de ejercicio real de su pretensión desde la resolución por el Tribunal Supremo del recurso de casación suscitado frente a la Sentencia de la Audiencia Nacional que desestimó el recurso contencioso administrativo frente a la Resolución de la CNMC. Y el Tribunal Supremo en el caso de BMW IBERICA dicta Sentencia en fecha 31 de mayo de 2021. Solo a partir de ese momento puede hablarse con certeza de actio nata, y no con anterioridad (BMW había recurrido no solo la cuantificación de la sanción sino antes de ello la declaración de la existencia misma de la infracción sancionada y su responsabilidad en la conducta anticompetitiva perseguida en sede administrativa), pues solo entonces puede conocerse de manera certera la existencia de una infracción, la existencia de unos perjuicios derivados de tal infracción, y la identidad del supuesto infractor. Pues bien, es lo cierto que se curso intimación a la ahora demandada mediante escrito fechado en 18 de mayo de 2022 (documento 4 de demanda) al que la demandada contesta por escrito fechado en 27 de mayo de 2022, y ahora la demanda rectora de las presentes actuaciones se interpone en fecha 25 de julio de 2022 (como resulta al efecto de los datos del registro informático del documento), no habría transcurrido en exceso el plazo de un año y por tanto no se habría perjudicado la acción.

En cualquier caso, esta cuestión viene hoy superada tras el reciente pronunciamiento del TJUE en Sentencia de 22 de junio de 2022 (caso VOLVO-DAF) resolviendo cuestión prejudicial promovida por la Audiencia Provincial de León, y conforme a la cual en este caso el plazo prescriptivo hábil que cabría aplicar sería el de cinco años.

SEGUNDO.- Es claro que la actora ejercita una acción follow on, esto es, se impetra en sede judicial, de manera consecutiva a la decisión sancionadora recaída en sede administrativa de Autoridad de la competencia, la reparación del perjuicio que se dice sufrido por consecuencia del proceder cartelista que ha venido advertido, y sancionado. Y es pacífico que tal supone una responsabilidad de naturaleza extracontractual (arts. 1902 y siguientes del Código Civil), y es por ello por lo que, entre otras cosas, el perjudicado dispone de acción no sólo frente al fabricante/distribuidor con el que tuvo vinculo negocial, sino también frente al resto de fabricantes/distribuidores identificados como miembros del cártel en la Resolución sancionadora de 23 de julio de 2015, pues se configura un régimen de solidaridad en la responsabilidad.

En el caso de las acciones follow on los hechos acreditados en la Resolución administrativa previa de las Autoridades de la competencia son irrefutables, teniéndose por tales a todos los efectos pertinentes en el proceso judicial consecutivo. Pero obviamente ello es así porque se trata del ejercicio de una acción follow on, esto es, dirigida frente a miembro o miembros del cártel, identificados como tal en la Resolución administrativa.



Y éste es precisamente el caso que ahora nos ocupa. Pero no resulta de aplicación, *ratione temporis*, la normativa contenida en la Directiva 2014/104, en atención a la fecha de producción de los hechos de los que se deriva la causación del daño que sostiene la actora, a saber, 2009, debiéndose estar en este sentido a la rotundidad del artículo 22 de la Directiva, y en semejantes términos asimismo a lo que se prevé en la Disposición Transitoria Primera de la norma española de transposición, esto es, el RDL 9/2017, de 26 de mayo. Pero ello no empece, de suyo, la bondad de partir del presupuesto previo de la sanción dispensada en sede administrativa de los órganos de la competencia, dando por acreditados en este procedimiento civil consecutivo a aquélla, los hechos que se han tenido por tales en la indicada Decisión, y en este sentido es rotunda y pacífica la jurisprudencia del TJUE, pudiéndose citar entre las más recientes la STJUE de 14 de marzo de 2019 (caso Skanska). Y este criterio del Juzgador no supone sino constatar que la norma ahora legislada recoge los criterios ya consagrados *ex ante* por la jurisprudencia comunitaria, sin que en modo alguno se trate de venir a conformar un escenario de interpretación conforme de una norma que, como ya se ha dicho mas arriba, no aplicable *ratione temporis*.

TERCERO.- En este caso, se dirige la demanda frente a BMW IBERICA S.A., entidad ciertamente destinataria de la Resolución, y afectada por la misma, sin que parezca que tal considerando demande más desarrollo precisamente atendido que precisamente le viene impuesta sanción en el seno del expediente de clemencia iniciado a partir de la acción de SEAT y que culminó con la Resolución de la autoridad nacional de la competencia. La aquí actora adquirió un vehículo del fabricante BMW en el concesionario Automóviles Albelda en fecha 15 de octubre de 2009.

CUARTO.- La Resolución administrativa determina con rotundidad (en su pagina 83) que

"Estos acuerdos, consistentes en el intercambio de información estratégica y sensible, constituyen conductas que tanto el artículo 1 de la LDC como el artículo 101 del TFUE prevén como acuerdos prohibidos y merecedores de sanción. Igualmente, ha quedado acreditado que las empresas han desarrollado los intercambios de información con manifiesta ocultación y secretismo, valiéndose de específicos mecanismos de facilitación del intercambio, mediante la participación a tal efecto de dos empresas de consultoría, URBAN y SNAP-ON. Esta Sala considera que nos encontramos ante un intercambio información que encaja plenamente en las características de acuerdo colusorio restrictivo de la competencia descritas en las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal. Como consecuencia de la información intercambiada, los participantes conocían las principales cifras y resultados económicos obtenidos por sus competidores en los mercados de venta (nuevos y usados) y postventa (taller y venta de recambios), los beneficios por departamentos en importes totales y en porcentaje, las cifras de gastos (en porcentaje y en total), así como el beneficio neto antes de impuestos, (en porcentaje y en total) y los márgenes comerciales de la Red de concesionarios de las marcas participantes en el intercambio."

Y tiene por acreditada la responsabilidad de BMW IBERICA (pagina 85) como empresa distribuidora de los automóviles de la marca BMW en España, por su participación en los intercambios de información con competidoras en el ámbito del Club de marcas desde junio de 2008 hasta noviembre de 2009, en el Foro de Postventa desde marzo de 2010 hasta agosto de 2013 y en las Jornadas de Constructores desde abril de 2010 hasta marzo de 2011.

Esto es, precisamente BMW IBERICA es uno de los sujetos a los que la CNMC puede venir a reprochar que participó en distintos momentos temporales en los tres foros de intercambio de información (club de marcas, postventa y marketing), y en el momento de la compra del vehículo de la titularidad de la actora se tiene por acreditada su participación en el Club de Marcas.

Pues bien, éste no es un cartel de núcleo duro, sino que antes bien las autoridades de la competencia vienen a sancionar una infracción por objeto. Pero no obstante ello, y entre otras cosas en atención a la duración del cartel, los tres foros de intercambio de información mantenidos, y los contactos entre los sujetos habidos, la propia Resolución indica (pagina 92) que

"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. La conducta se habría aquí traducido en una disminución de la incertidumbre a la que se habrían enfrentado las marcas, en ausencia del cártel, sobre las variables determinantes de la



organización y gestión de sus redes de distribución comercial y de postventa, y de las del resto de marcas competidoras partícipes en los intercambios de información. 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".

Esto es, el intercambio de información no es finalista en sí mismo, sino instrumental del propósito finalista perseguido, que pasa por la reducción de la competencia, y por ende de la incertidumbre propia del mercado, en orden a un eventual alineamiento de precios, no tanto uniformes toda vez que hay marcas premium y otras que no lo son, pero sí para venir a fijar un suelo de precios. Ello obviamente va en detrimento de la posición del adquirente, que verá reducida la expectativa de encontrar precios más ventajosos.

QUINTO.- Por último, la cuestión más polémica pasa por considerar la concurrencia de los requisitos del artículo 1902 del Código civil y en particular la certeza de la fórmula de

cálculo empleada por la demandante para cuantificar los daños y perjuicios, que en síntesis, se reduce a datos estadísticos, a partir de trabajos académicos, datos publicados en diarios oficiales (y no relativos a vehículos nuevos sino con un año de antigüedad) y de criterios meramente orientativos determinados por la Comisión (Guía Práctica de 2013) llegando a la conclusión de un hipotético impacto en la fijación de precios para el año 2009 del 12,23 % sobre el total. Este extremo es controvertido por la demandada sobre la base, en síntesis, de considerar que la fórmula empleada no es objetiva y se parte de la base de datos inexactos y que se refieren a carteles distintos de los que son objeto de la Resolución

No obstante la dificultad probatoria que supone para la actora, atendida la asimetría de la información disponible, parece claro concluir que el método empleado de diferencia en diferencias conforma ciertamente un método diacrónico en el que se sostiene que viene a compararse un mercado competitivo con un mercado no competitivo, pero tal se hace a partir de medias estadísticas y no a partir de la comparación empírica de ventas ciertas de vehículos habidas en el periodo del cartel en comparación con otros periodos temporales no afectados por la conducta restrictiva de la competencia. Y así, no puede considerarse una fórmula objetiva para cuantificar el daño, sobre todo cuando la media ha sido ponderada por el propio informe pericial, y ello por cuanto que, con independencia de su mayor o menor exactitud, queda sujeta a la propia interpretación de quien la propone, pues lo mismo se podía haber optado por porcentajes alternativos, más audaces o más conservadores, con el mismo argumento.

No obstante lo expuesto en el punto anterior, ello no implica que no haya habido daño, y que sea procedente una cuantificación. Antes al contrario, de la existencia acreditada del cártel cabe derivar in re ipsa, la consecuencia de la causación de un daño, en la medida en que el mercado no era tan eficiente como lo podría haber sido de no haberse dado la práctica colusoria de que se trata. Sirve este aserto para desterrar la pretendida bondad del argumento defensivo fundado en la pericial aportada por la parte demandada, que concluye que ningún daño se ha causado en ningún caso. Cuestión correlativa, y distinta, es la cuantificación de ese daño.

Este Juzgado ya ha tenido ocasión de pronunciarse con anterioridad en escenarios de litigación en ejercicio de acciones civiles relativas a la aplicación privada del Derecho de la competencia. Es el escenario conocido coloquialmente como el del "cartel de camiones". Y allí, a partir de la consideración, de que el informe pericial aportado por la actora sí cumplía los estándares requeridos por la jurisprudencia (STS 7 de noviembre de 2013, cartel del azúcar), sin embargo no se aplicaban de manera determinista sus conclusiones, sino que se hacía recurso del criterio de la estimación judicial del daño. Esto es, no se trataba tanto de venir a suplir un escenario de insuficiencia probatoria (lo que no podría operarse habida cuenta reglas propias del proceso civil) sino de venir a buscar una cierta uniformización de las decisiones a partir de una pluralidad de informes periciales que, ajustados en abstracto a los criterios y recomendaciones de la Guía Práctica, llegaban sin embargo a conclusiones en ocasiones muy diversas en orden a la cuantificación y porcentaje del perjuicio.

Así, en reiteradas sentencias, después de tratar todos los aspectos allí planteados en torno a la legitimación activa y pasiva, y la normativa aplicable y el alcance de la Decisión, se consideraba que los informes periciales de ambas partes, por una parte no determinaban o acreditaban con cierta imprecisión los daños producidos por la conducta anticompetitiva en el caso de la parte actora no sirviendo de prueba de cargo; y por otra parte tampoco sirve de descargo el informe pericial de la parte demandada que habla de daño cero. Se consideraba que existía un escenario de dificultad probatoria que no puede reprocharse a la parte actora y que interviene como presupuesto para desarrollar en el caso una estimación judicial de los daños causados por las demandadas, como corolario de la presunción que estas no han refutado. Partiendo de los materiales



probatorios habidos en las actuaciones, que son insuficientes, esa labor de estimación judicial solo puede conducirse con arreglo a los textos que la Comisión ha proporcionado a los jueces europeos para guiar su labor en la aplicación privada del derecho de la competencia.

En todo caso además ya debe partirse de la consideración de que la actora para cuantificar su pretensión dineraria por concepto de principal parte del precio pagado con IVA, y tal no es procedente. Debe partirse del precio neto, sin impuestos, pues nos encontramos en el marco de una pretensión indemnizatoria, dirigida frente al sujeto al que se reprocha que habría cobrado en exceso, y en reclamación de ese exceso (en provecho propio).

Para llevar a efecto la cuantificación, se tomará en consideración por tanto:

- 1.- El precio neto pagado por la adquisición del vehículo, que resulta acreditado a partir de la factura aportada.
- 2.- La distribución porcentual de umbrales de sobreprecio aplicados por cárteles que fijan sobreprecios, en el informe adecuado de la Comisión europea (Oxera).
- 3.- Las recomendaciones de la Comisión sobre criterios de plausibilidad en la estimación de daños o margen de error estadístico de muestreo.

La Comisión acepta que el 93 % de esos cárteles fijan su sobreprecio, al menos, en un umbral comprendido entre el 0 % y el 10 % (Oxera, p. 91, fig. 4.1) Esa es la estimación más conservadora posible y también coherente con los márgenes de error estadístico que igualmente recomienda la Comisión en una formulación conservadora de la cuantificación del daño.

Pues bien, siguiendo una pauta conservadora, y bien entendido que los concesionarios que comercializan los modelos BMW no han venido sancionados por la CNMC en el marco de las sucesivas Resoluciones sancionadoras dictadas en el coloquialmente conocido como "cartel de los concesionarios" parece razonable la determinación de un porcentaje de sobreprecio del 9%.

La SAP Valencia, Sección 9ª, de 16 de diciembre de 2019 enuncia que

No se trata de sustituir la pericia por la discrecionalidad, con el riesgo que ello entraña de banalización del proceso y de supresión del principio de carga de la prueba del daño que incumbe al perjudicado.

En supuestos en los que, por la naturaleza del daño, es compleja su cuantificación (por ejemplo, la pérdida de oportunidad en la responsabilidad de determinados profesionales, por ser el daño hipotético e incierto), el Tribunal Supremo ha declarado desde antiguo que, si bien las dificultades que presenta la cuantificación no impide que el juzgador haya de buscar los medios adecuados para alcanzar una correcta compensación por los perjuicios sufridos (Sentencia de 16 de diciembre de 1996), esa indemnización no puede consistir en lo que se hubiera podido percibir efectivamente en el proceso del que deriva el daño. De la Sentencia de 20 de mayo de 1996 resulta que la aproximación al alcance de los posibles daños no debe pretender "sustituir lo que pudiera haber sido el resultado definitivo, por ser ello, tarea imposible". Y la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2006 (ya citada) declara que no es de aplicación "el criterio de la libre discrecionalidad del juzgador, propia de los daños morales, a un daño que, ..., no tiene naturaleza moral, sino patrimonial, por más que lo incierto de su cálculo obligue a un juicio de valoración consistente en una previsión probabilística, formulada con la debida prudencia, ..."

Extrapolando tales criterios a la situación que enjuicamos, no es posible equipar la cuantificación judicial con la equivalente que resultaría de una prueba pericial correctamente planteada.

Por todo lo expuesto, procede la estimación solo parcial de la demanda rectora de las presentes actuaciones.

SEXTO.- De conformidad con lo determinado en los artículos 1100, 1101 y 1108 del Código Civil y el artículo 576 de la LEC, debe condenarse además a la parte demandada al pago de los intereses legales devengados, por la cantidad debida desde la fecha de adquisición del vehículo comercializado por la demandada y objeto de la infracción referenciada, y hasta el completo pago de la deuda, incrementados en la forma determinada por el citado artículo 576 de la Ley Procesal civil. La fijación del día a quo indicado es pertinente pues en inteligencia diversa es rotundo advertir que dada la duración del cartel y por ende la antigüedad de las adquisiciones de los vehículos, vendría a diluirse en gran medida el efecto de reparación plena que se persigue.

Por otra parte, éste es el criterio ya sostenido por la AP Valencia, Sección 9ª, en reciente Sentencia de 16 de diciembre de 2019, con cita de la STS de 8 de junio de 2012, en el bien entendido que tratándose de una indemnización, se trata de una deuda de valor, y por ende debe atenderse al mantenimiento del valor real del dinero.



SEPTIMO.- Que atendida la estimación solo parcial de la demanda que se opera, no procede efectuar especial pronunciamiento en materia de costas procesal es en esta sede, de conformidad con lo prevenido en el vigente artículo 394 de la LEC .

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso enjuiciado.

FALLO

Que estimando como estimo parcialmente la demanda promovida por el Procurador Sra. Boscá Castelló en la representación que ostenta de su mandante Dña. Irene debo condenar y condeno a la demandada BMW IBERICA S.A. a que abone a la parte actora la cantidad de DOS MIL CUATROCIENTOS VEINTIOCHO EUROS CON NOVENTA Y NUEVE CENTIMOS (2.428,99.- euros) de principal, con más los intereses legales correspondientes, todo ello sin efectuar especial pronunciamiento en materia de costas procesales causadas.

Notifíquese la presente resolución a las partes en legal forma, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación para ante la lima. Audiencia Provincial de Valencia, que deberá interponerse en el plazo de veinte días, con observancia del depósito y la tasa pertinentes.

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo. E./

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido dictada publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la suscribe estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENJOC