

Juzgado Mercantil núm. 3 de Valencia

Juicio verbal XXXXXX

SENTENCIA núm. XXXXXXX

En Valencia, a XX de junio de 2023.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha de 28 de diciembre de 2022 (registro informático), doña XXXXXX formuló demanda de juicio ordinario contra Nissan Iberia, S.A., (“Nissan”), para solicitar:

“(...) SUPLICO AL JUZGADO, que tenga por presentado este escrito, con sus documentos y copias de todo ello, se sirva admitirlo y, en mérito del mismo, de conformidad con las manifestaciones que contiene, tenga por interpuesta DEMANDA EN EJERCICIO DE ACCIÓN DE RESARCIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS contra la mercantil NISSAN IBERIA SA, se me tenga por parte demandante en la representación acreditada, mandando se entiendan conmigo las sucesivas diligencias y previo cumplimiento de los trámites procesales de rigor, se dicte sentencia por la que, con base a la comisión de una práctica anticompetitiva, acuerde el resarcimiento por los daños y perjuicios causados en la cuantía de TRES MIL QUINIENTOS NOVENTA Y TRES EUROS CON CINCUENTA Y SIETE CÉNTIMOS (3.593,57€), más los intereses legales devengados desde la fecha de adquisición del vehículo, y ello con expresa condena en costas a la entidad demandada”.

Las alegaciones de la parte actora, en cuanto relevantes para la solución del caso, pueden resumirse así:

1.- La parte actora adquirió en fecha 18 de julio de 2011, en concesionario de la marca Nissan en Valencia, un vehículo nuevo Nissan modelo Qashqai por importe de 25.223 euros impuestos incluidos (docs. 1-3, documentación comercial y técnica).

2.- Mediante RCNMC de 23 de julio de 2015, Expte. S/0482/13 se tuvo por acreditada la participación de la demandada en una infracción de cartel consistente en la adopción e implementación de acuerdos de fijación de precios mediante determinación de descuentos máximos y condiciones comerciales, así como por intercambio de información comercialmente sensible en el mercado español de distribución de vehículos a motor, en diversos periodos y zonas geográficas, desde 2006 a 2013 (doc. 4).

3.- En particular, se ha constatado la existencia de un círculo de infracción denominado “Club de Marcas”, asistido por entidades auditoras y para el intercambio de información estratégica de los infractores sobre su actividad de comercialización y asistencia posventa de vehículos, que influyó necesariamente en la generación de daños a los consumidores que no pudieron beneficiarse de mayores descuentos o mejores condiciones comerciales.

4.- La actora sufrió daños a resultas de la infracción de la demandada que se cuantifica en la forma descrita en el informe pericial suscrito por Vía Pericial (doc. 5, informe pericial).

5.- La actora presentó reclamación extrajudicial en fecha de 28 de enero de 2022 (doc. 7, reclamación extrajudicial).

6.- Se ejercita acción de compensación de los daños sufridos con invocación de los artículos 101 TFUE, 1 y cc LDC, 1902 CC y diversos preceptos de la disciplina general de obligaciones y contratos del mismo Código.

7.- Respecto del pago de intereses “por cobro de lo indebido”, se dice que (p. 21) el día inicial de su cómputo es la fecha de cobro indebido del sobreprecio, porque la restitución no responde al instituto de la mora sino al de reversión del enriquecimiento injustificado, siendo los intereses frutos civiles por todo el tiempo del que se disfruta el numerario ajeno indebidamente.

Segundo. La demanda resultó admitida mediante decreto de 21 de febrero de 2023, según consta.

Tercero. Nissan contestó a la demanda en fecha de 9 de marzo de 2023 (registro informático), para solicitar su desestimación y con imposición de costas a la parte actora, según consta.

Las alegaciones de la demandada, en cuanto relevantes para la solución del caso, pueden resumirse así:

1.- La acción ejercitada por la actora está prescrita.

2.- No resultan de aplicación presunciones de daño. En cualquier caso, la aplicación de estas presunciones no altera la distribución de cargas probatorias sobre la cuantificación del daño y que incumben a la actora.

3.- La actora no realiza un esfuerzo probatorio mínimo para acreditar la existencia y cuantía del supuesto daño que afirma haber sufrido.

4.- El informe pericial de cuantificación del daño presentado por la demandada justifica el carácter inocuo de la infracción imputable a esta (doc. 3, informe pericial Compass Lexecon-Sres. Requejo, Campos y Carrasco; doc. 4, informe pericial Oxera).

Cuarto. Mediante diligencia de ordenación de 20 de abril de 2023 se acordó la celebración de vista principal para el día 6 de junio de 2023. Llegado el día previsto, se agotaron las finalidades del acto. Así, durante la celebración de la vista se practicó la crítica oral del dictamen pericial presentado por la parte actora (perito Sr. Serrano), las partes formularon conclusiones y quedaron los autos vistos para resolver.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Estimación parcial y alternativa de la demanda.

1.- Debo estimar parcial y alternativamente la demanda de doña XXXXXXX, para rechazar el poder de convicción de los informes de cuantificación del daño presentados por una y otra parte, pero advirtiendo la concurrencia de los presupuestos que habilitan el recurso a la estimación judicial del daño como solución alternativa para esta clase de litigación y mediante la concesión de un daño mínimo, allí donde la presunción de daño aplicable no ha sido refutada y el desempeño de la demandada es más insatisfactorio que el de la actora.

2.- En fundamentos sucesivos me referir brevemente a los criterios que he empleado para el enjuiciamiento de casos análogos a este, apreciar la vigencia de la acción ejercitada por la actora, rechazar el poder de convicción de los informes periciales presentados por una y otra parte y motivar el recurso a la facultad de estimación judicial a la que aludí. Concluir con un pronunciamiento sobre costas procesales.

Segundo. Mi experiencia en el enjuiciamiento de este grupo de casos.

3.- Mediante sentencias de 21 de octubre de 2022, 31 de marzo y 3 de abril de 2023, creo haber realizado un intenso ejercicio de motivación para la solución de procesos de objeto idéntico al presente, en cuanto incoados a raíz del ejercicio de acciones consecutivas a la misma decisión sancionadora y para la cuantificación de los perjuicios derivados de la misma infracción anticompetitiva. He conservado el mismo criterio con ocasión del pronunciamiento de las sentencias de 11, 16 y 29 de mayo de 2023. Por añadidura, esas resoluciones cohonestan con algunas de las cuestiones que he abordado igualmente con ocasión del pronunciamiento de la sentencia de 10 de marzo de 2023, Tráficos Manuel Ferrer, recaída en el enjuiciamiento de un grupo de casos distinto, pero asimilable.

4.- En todos esos casos he tratado de analizar pormenorizadamente cuestiones fácticas y jurídicas que, desde la perspectiva formal, también son necesarias para la solución de este caso. Así, en esas sentencias he ofrecido mi particular visión sobre la determinación del régimen jurídico aplicable a la solución del caso, pautas para valorar la vigencia o no de la acción ejercitada, interpretación del contenido de la decisión sancionadora, aplicabilidad y significado de una presunción de daño tras cartel, desarrollo de un estándar de valoración de los dictámenes periciales presentados por cada parte y definición del concepto de dificultad o imposibilidad probatoria como habilitante de la estimación judicial.

5.- Sin embargo, desde la perspectiva material, la solución de este caso no está necesitada de un desarrollo argumental tan prolijo. Así que me remito a esas resoluciones previas y ampliamente difundidas como punto de partida para el enjuiciamiento. Creo que eso no supone una merma de los deberes de motivación y congruencia que afectan el pronunciamiento de esta decisión en la exégesis asequible del artículo 218 LEC. Sencillamente, la solución del caso parte de esos antecedentes. De este modo, abandono una pauta ortodoxa en el examen de las cuestiones controvertidas y centro mi atención en las que considero razones principales para el resultado anunciado de la instancia

Tercero. Vigencia de la acción ejercitada.

6.- En relación con el tratamiento de la prescripción de una acción consecutiva a la misma decisión sancionadora, mediante sentencia de 31 de marzo de 2023 señalar que:

“53.- La primera defensa esgrimida por la demandada es la de la prescripción de la acción ejercitada por los actores. Debo desestimar esta defensa y, por el contrario, apreciar la vigencia de la acción ejercitada de conformidad con lo previsto en los artículos 10 y 22 de la Directiva de daños y STJUE, 1ª, de 22 de junio de 2022, asunto C-2d7/20, Volvo AB.

54.- En materia de prescripción y para el enjuiciamiento de casos que reproducen la estructura temporal de los hitos que son relevantes aquí, se ha aceptado para este partido judicial la aplicabilidad del plazo anual al que se refiere el artículo 19d8 CC y se ha fijado el dies a quo del cómputo del plazo en el momento de publicación de la versión no confidencial de la Decisión. En efecto, mi visión personal sobre la cuestión resultó

compatible con la expresada por la SAP Valencia, 9º, de 1d de diciembre de 2019, FJ dº, cuando resolvió que:

“(…) La publicación de una nota informativa de dos o tres páginas (respecto de la extensión de la versión no confidencial de la Decisión) no permite situar en ese momento el inicio del nacimiento de la acción, en un escenario complejo como el que nos ocupa. No basta un conocimiento genérico de los hechos acaecidos en un ámbito en el que la asimetría informativa entre las partes es patente. Se requiere, por ello, el conocimiento del contenido de la Decisión, con todas sus connotaciones geográficas, de identificación de las conductas de matrices y filiales y de los eventuales responsables afectados. En el momento de la nota de prensa, los eventuales perjudicados no estaban en condiciones de poder ejercitar eficazmente su derecho y lograr su total efecto, máxime si se tienen en consideración las dificultades inherentes a la cuantificación del daño. A nuestro criterio, el plazo inicial del cómputo debe situarse (...) en la fecha de publicación de la versión no confidencial de la Decisión en el DUE el d de abril de 2017. Fue a partir de entonces cuando se pudo conocer, de forma más adecuada, la infracción”.

55.- Considero que esa doctrina jurisprudencial asume de manera razonable los principios de aplicación de la regla de la actio nata. Para el caso de una decisión sancionadora que ha sido recurrida en vía administrativa, la expresión del razonamiento anterior debe actualizarse para acentuar que no es hasta el momento de plena firmeza de esa resolución cuando resulta aconsejable que el perjudicado entable su acción consecutiva de daños, aunque el carácter de la acción permanezca inalterable si el actor decide ejercitarla de forma anterior y sin que eso le aboque forzosamente a un escenario de prejudicialidad administrativa, tras la supresión del artículo 13.2 Ley 1d/1989 y sin perjuicio de la eventual aplicación de los artículos 42.3 y 434.3 LEC . El extremo de que la decisión sancionadora, por su trascendencia económica, haya alcanzado notoriedad desde el inicio de la investigación pública o que otros grupos de afectados o asociaciones de consumidores hayan preparado o formulado sus acciones con anterioridad a ese momento, no enmienda el razonamiento anterior (docs. 2-4 contestación).

5d.- Por lo tanto, el dies a quo para el inicio del cómputo del plazo de prescripción es en este caso el de la confirmación jurisprudencial de la decisión sancionadora.

57.- Pero la visión anterior sobre la selección del plazo de prescripción aplicable no es compatible con la doctrina jurisprudencial comunitaria ya citada.

58.- En efecto, en interpretación de los artículos 10 y 22 de la Directiva de daños, el Tribunal de Justicia ha afirmado que deben interpretarse en el sentido 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 la citada Directiva, fue ejercitada después de la entrada en vigor de las disposiciones que transponen tal Directiva al Derecho nacional, en la medida en que el plazo de prescripción aplicable a esa acción en virtud de la regulación anterior no se había agotado antes de que expirara el plazo de transposición de la misma Directiva”.

59.- *Es decir, que en este caso el plazo de prescripción aplicable no es el del artículo 19d8 CC, sino el previsto en el artículo 10.3 de la Directiva de daños, incorporado a nuestro sistema en la vigente redacción del artículo 74 LDC.*

d0.- *Por todo ello, por la fijación del dies a quo y por la selección del plazo de prescripción aplicable, la acción ejercitada por la actora se encuentra vigente”.*

7.- Esos mismos argumentos conducen a apreciar aquí que la acción ejercitada por la actora se encuentra vigente.

Cuarto. Valoración de informes periciales.

8.- En este fundamento voy a valorar los informes suscritos por Vía Pericial, Compass Lexecon y Oxera, de acuerdo con el estatuto de valoración probatoria que he definido en las resoluciones antes reseñadas y, especialmente, con ocasión del pronunciamiento de la sentencia de 10 de marzo de 2023, Tráficos Manuel Ferrer.

9.- El informe de Vía Pericial se estructura en nueve epígrafes, de los cuales el último incorpora por vía de anexo la información técnica y comercial del vehículo al que la demanda se refiere (pp. 45-48). Allí también se incluyen de forma inconexa, sin concordancia con el estudio previo y sin explicación de ningún otro tipo, un análisis sobre el “comportamiento del modelo después del cártel” (p. 49) y una gráfica sobre la “dispersión a lo largo de la media de los residuos” (p. 50).

10.- En el cuerpo del informe puede advertirse la inclusión sucesiva de epígrafes de vocación introductoria y aparentemente descriptiva sobre el objeto del trabajo, su alcance, expresión de antecedentes, consideraciones preliminares, documentación empleada y glosario de términos utilizados. A eso se dedica, nada menos, casi la mitad de la extensión del trabajo (pp. 5-30, en los epígrafes 1-6). Me detendré a continuación sobre estos apartados.

11.- El equipo pericial que suscribe el informe parece asumir, en abierta contradicción con mi valoración plasmada en las resoluciones dictadas, que la decisión sancionadora “acredita la relación causa-efecto entre el cártel y el daño emergente, imprescindible para su cuantificación, se deduce a la propia existencia de dicho cártel y sus efectos, sobre los precios pagados por los compradores de automóviles” (p. 6). Aunque el equipo pericial parece moderar la vehemencia de esta afirmación de forma inmediatamente posterior, considero un exceso que, por añadidura de la aplicación a la solución del caso de una presunción de daño como valoración que he alcanzado tras la interpretación de la decisión sancionadora, ese resultado sea de todo punto incontestable y no susceptible de refutación o, en menor medida, permita afirmar que la autoridad de competencia o la Sala Tercera han medido los efectos de alguno de los círculos de la infracción en el mercado y en términos de daño emergente causado a los consumidores eventualmente afectados por esta. El equipo pericial dedica el resto del apartado a una labor de exégesis que poco procura para la explicación y fundamentación de su informe.

12.- A continuación (epígrafe 4-consideraciones preliminares, pp. 11-23), el equipo pericial malgasta la oportunidad de identificar el método de cálculo efectivamente empleado para el desarrollo de su estudio, explicar sus presupuestos y características y justificar tal selección, para abundar en una visión general sobre las insuficiencias y limitaciones de las técnicas disponibles para la cuantificación de los daños causados por un cartel y enumerar algunos de esos métodos, en cuanto admitidos por la literatura científica o herramientas de *soft law*.

13.- Es en la p. 25 del trabajo (epígrafe 5-documentos de referencia) donde el equipo Vía Pericial enumera las fuentes de información tomadas en consideración para la elaboración del informe. Pues bien, esas fuentes se resumen en (i) la información comercial y técnica del vehículo adquirido por la actora, (ii) antecedentes judiciales inespecíficos como “sentencias del Tribunal Supremo” y de “cuantificación de daños de otros afectados por el cartel de coches”, (iii) textos de *soft law* y publicaciones científicas y (iv) datos de precios medios de venta de vehículos publicados en el BOE y de matriculaciones.

14.- El equipo Vía Pericial todavía dedicará un espacio adicional a la expresión de “terminología y abreviaturas” (pp. 25-30, epígrafe 6). Quizás este epígrafe supone un primer y auténtico esfuerzo del equipo que lo suscribe, en la medida en que puede intervenir como una suerte de instrucción (*teachin*) sobre los rudimentos de economía que un juez debe tomar en consideración por anticipado para valorar, de forma adecuada, un trabajo como el que analizo. Eso es algo desde luego necesario y que supone una auténtica contribución de este equipo pericial a la solución del caso. Sin embargo, debe hacerse notar que, consumida más de la mitad de la extensión del trabajo, en este punto de la elaboración del estudio no se ha acertado todavía a describir en qué consistirá el método de estimación que se pretende aportar al proceso.

15.- Ese desconcierto se incrementa si se considera que, de nuevo en el prometedor epígrafe denominado “7. Análisis-Valoración”, el equipo pericial abunda en nuevas explicaciones introductorias sobre los efectos conocidos y esperados de un cartel (pp. 30-32). Un derroche de retórica que nada aporta a la tarea explicativa de los peritos.

16.- Y el desconcierto se torna en una medida cierta de hastio cuando, por toda explicación sobre qué método de cálculo ofrece el informe, cuáles son sus características y por qué resulta justificada su selección, acaso enfatizando sus fortalezas y admitiendo y aislando sus debilidades, en la p. 33 del texto se dice que “como se ha indicado en puntos anteriores, el cálculo del incremento de precio por el efecto del cartel se realizará partiendo de precios reales de venta de vehículos de todas las marcas existentes en el mercado español”. Desde entonces y hasta la formulación de las conclusiones (p. 43), el equipo Vía Pericial hará alusión (i) al acceso a los precios medios de venta publicados en el BOE y que son utilizables como medio de comprobación del ITPAJD, por ser precios medios comunicados por los fabricantes de automóviles, (ii) la determinación del sobreprecio resultado del cartel como diferencia porcentual entre “los precios medios de los vehículos reflejados en el estudio estadístico de las marcas pertenecientes al cartel y de las marcas que aplican condiciones de competencia” (p. 33), (iii) al tratamiento de los datos obtenidos con diferenciación de marcas, modelos, años, caballos, cilindrada, combustible y número de matriculaciones, que se dice han sido incorporadas como variables al modelo de regresión empleado, (iv) por fin ese modelo de regresión se define como “lineal múltiple generado para determinar el valor de los vehículos normalizado, considerando (las variables), obteniendo así la homogeneización de las muestras (que) permite aplicar la comparativa de todos los modelos y marcas sin distorsionar el resultado” (p. 35), (v) se afirma la significatividad estadística de las variables empleadas, (vi) se proyectan los resultados obtenidos para hallar el denominado “efecto cartel”, (vii) se procesan esos resultados “considerando los años de participación concretos de cada marca” (p. 37), (viii) se afirma la robustez estadística del modelo, (ix) se justifica la discriminación de residuos estadísticos y la consistencia de los resultados obtenidos y (x) estos se representan gráficamente, para afirmar que el “perjuicio económico medio causado por el cártel de coches durante todo el periodo cartelizado es de 13’51%”. Esa cifra es la que se aplica aritméticamente a los datos particulares del caso y para la determinación del quantum compensable.

17.- El informe Oxera es uno de interpretación de lo resuelto por la CNMC y de plausibilidad de una teoría del daño que tome su origen en los extremos constatados por la autoridad de competencia, según el contenido de la decisión sancionadora. Ya he tenido oportunidad de referirme a este informe con anterioridad (en las sentencias de 31 de marzo y 3 de abril de 2023), para considerar su aportación irrelevante para la solución del caso, que solo parece responder a una estrategia de distracción sobre las eventuales asunciones cualitativas que puedan conducir -y sesgar- el informe pericial principal presentado sucesivamente por los infractores, en este caso Compass Lexecon.

18.- El informe Compass Lexecon se ha presentado como parte de un abigarrado archivo de cerca de setecientas páginas de extensión, que crea una falsa apariencia de intensidad. Pues el informe propiamente dicho se resume a las primeras cincuenta páginas de ese archivo, aproximadamente, siendo que desde entonces se adjunta la reproducción extensa de la Guía Práctica de la Comisión Europea, una reproducción de algunas ediciones del BOE o documentos adicionales de Eurostat o INE, entre otros.

19.- En realidad, el informe se estructura de forma relevante en un resumen ejecutivo (epígrafe 1-introducción y conclusiones) y otra sección de desarrollo del método de cuantificación propuesto (epígrafe 2-cuantificación del potencial efecto de la infracción utilizando datos públicos). El resto del texto (pp. 31-47) se ocupa de la expresión de la documentación empleada para el desarrollo del estudio y análisis alternativos para medir la robustez del método de cálculo principal.

20.- En síntesis, el equipo Compass Lexecon ha optado por cuantificar el impacto de la infracción sobre los precios de automóviles Nissan vendidos en España utilizando datos públicos y consistentes en los precios publicados por el Ministerio de Hacienda y Función Pública (BOE) y el índice de precios de consumo armonizado de automóviles publicado por Eurostat (HICP). Todo para la práctica de una comparación temporal o método diacrónico de los precios de Nissan durante y después de la infracción a partir de los datos BOE y un análisis de diferencias en diferencias a partir de los datos HICP. Para el desarrollo del primero de los ejercicios comparativos, se toman en consideración factores ajenos a la infracción y que influyen en los precios satisfechos por el público (características técnicas de los vehículos, condiciones de oferta y demanda). Para el desarrollo del segundo método comparativo, se trata de corregir lo que se identifican como limitaciones de los datos empleados utilizando como mercado referente la eurozona en su conjunto, con consideración de la evolución general de los precios en cada región, costes de producción o evolución de la demanda. Se emplea en ambos casos el análisis de regresión para estimar el potencial efecto de la infracción del cartel sobre el precio satisfecho por la actora.

21.- El equipo Compass Lexecon afirma (p. 12) que los datos BOE se corresponden con la necesidad de gestión de un espectro amplio de impuestos y que se encuentran disponibles para el periodo 1999-2021. En el mismo lugar se afirma que la información publicada contiene el listado de todos los modelos de vehículos comercializados nuevos en cada año y los modelos de vehículos que ya no se comercializan como nuevos, pero que se podrían vender en el mercado de segunda mano. Así puede obtenerse el precio medio del vehículo, tipo de combustible, potencia del motor, el número de cilindros, las emisiones de CO2 y, desde el año 2005, el periodo durante el cual el vehículo se comercializa como nuevo. Sin embargo, el mismo equipo pericial advierte de que esos datos “no representan la realidad del mercado” (p. 15), por ejemplo, sobre el volumen de ventas, lo que puede distorsionar los precios medios obtenidos con la muestra. Además, el propio equipo pericial reconoce que los “datos BOE” presentan limitaciones consistentes en (p. 16) la falta de reflejo de los precios finalmente satisfechos por los clientes y obtención de descuentos, su falta de representatividad respecto

de los precios de vehículos nuevos, la falta de expresión de las características técnicas de los vehículos ensu integridad y la omisión de cualquier consideración a los costes de fabricación.

22.- El equipo Compass Lexecon advierte que los datos HICP capturan precios efectivos de venta al público (p. 17). Sin embargo, de manera parecida al caso anterior (p. 18), el equipo advierte que los datos HICP presentan limitaciones adicionales, por el tratamiento agregado de los automóviles nuevos y de segunda mano y la exposición a factores que provocan una evolución diferente del mercado del automóvil en cada país.

23.- El equipo pericial parece centrar su análisis en la relación causal del club de marcas y el eventual sobreprecio abonado por un adquirente final de vehículos a motor durante el período de estudio (pp. 18-19). Se desprecia así la relevancia causal del resto de los círculos de cartelización y respecto del eventual sobreprecio en la adquisición de vehículos nuevos. Eso parece razonable, aunque los tres círculos de infracción coadyuvasen a hacer del mercado uno más transparente y redujeran la incertidumbre con la que los infractores competían entre sí. Ya me pronuncié sobre estos extremos en aquellas sentencias que he reseñado.

24.- El desarrollo del estudio diacrónico se resume en las pp. 19-22, con expresión de la fórmula de regresión utilizada a tal fin y las variables que lo definen. El equipo pericial Compass Lexecon afirma su confianza en los resultados obtenidos, que se resumen gráficamente en la p. 24 y que permiten constatar la ausencia de impacto estimado y estadísticamente significativo de la infracción en el mercado español de venta de vehículos.

25.- El estudio de diferencias en diferencias se explica a continuación (pp. 24-30). Allí se justifican las ventajas del método, pero también se advierte de la presencia de factores de distorsión como la entrada del Euro o los efectos derivados de la pandemia. Sin embargo, parece que la preparación del método se resume más bien en una “inspección visual” (pp. 25-27), incluso para constatar diferencias entre la evolución de precios y condiciones de demanda en España y la Eurozona, lo que introduce dudas adicionales sobre la idoneidad del modelo e intensidad real del planteamiento, desarrollo y formulación de sus resultados por parte del equipo pericial (p. 30). En cualquier caso, se constata igualmente la ausencia de evidencia empírica sobre los efectos de la infracción en el mercado.

26.- Como he anunciado en el primer fundamento de esta resolución, no concedo poder de convicción suficiente a ninguno de los informes periciales presentados por las partes. Durante la celebración de la vista, el Sr. Serrano, miembro de Vía Pericial, manifestó de forma tan espontánea como despreocupada que no había siquiera leído el informe pericial presentado por la demandada. En realidad, desconocía este perito que el equipo pericial Compass Lexecon ha optado por el desarrollo de un método de estudio que toma parcialmente en consideración las mismas fuentes públicas previamente empleadas por él. Quizás el Sr. Serrano reveló así una muestra de su carácter poco inclinado a la curiosidad. Pero no parece extravagante que un juez espere (i) que el perito de la parte actora se moleste en estudiar el informe de contrario, (ii) que presenta conclusiones completamente diferentes y (iii) máxime si ese resultado se alcanza cuando se utilizan los mismos datos. A su vez, Nissan ni tan siquiera propuso la crítica oral del dictamen pericial Compass Lexecon, su letrado intervino por videoconferencia y no compareció ningún representante de ese equipo pericial para participar del debate. En realidad, el informe Compass Lexecon tampoco dedica espacio alguno a la crítica del estudio Vía Pericial.

27.- Como expresé durante la vista, la crítica oral y el debate intenso entre peritos resultan adecuados allí donde la formulación de las pruebas periciales es compleja, tal y como sucede en el caso.

Máxime cuando se trata de la primera ocasión en que el juez tiene oportunidad de examinar ambos informes, en el contexto de un grupo de casos novedoso y para un proceso que, por sus características, admitirá el planteamiento de recursos ordinario y extraordinario. Por supuesto, allí donde no ha querido concederse por las partes lo más elemental para cualquier proceso complejo, ni se ha solicitado ni se ha ofrecido la puesta a disposición adicional de información adecuada con la que completar su actividad probatoria, incrementar la intensidad del debate entre los peritos que las asisten y auxiliar la labor de valoración y decisión del juez es una necesidad todavía más acusada.

28.- Esta situación perpleja, en la que ambas partes renuncian a cualquier discusión de un mínimo calado sobre las pruebas técnicas practicadas en la instancia, solo se explica por la ligereza que, tantas veces, parece imponerse entre nosotros para la aplicación privada en el Derecho de la Competencia. Es posible que algunas de las respuestas de los jueces españoles y el carácter masificado de esta litigación incentive comportamientos como el que abiertamente censuro. En estos casos, al menos desde el punto de vista del infractor y constatada su falta de confianza en el buen fin de un proceso como este, parece más adecuada la perfección de acuerdos transaccionales que el sostenimiento de una litigación tan artificiosa.

29.- Como he tenido oportunidad de advertir en resoluciones interlocutorias pronunciadas durante un proceso tramitado de forma paralela al presente (autos de juicio ordinario núm. 449/22), considero que el informe Vía Pericial es uno opaco, pues silencia aspectos esenciales del planteamiento, formulación y expresión de resultados de su método de análisis, al tiempo que infringe los aspectos más elementales del artículo 336.2 LEC. Pues esas omisiones no permiten su reproducción y crítica en la medida en que es necesaria para un proceso de las características del presente, aunque los profesionales que asisten a Nissan no hayan mostrado interés en hacerlo.

30.- Por añadidura, creo que el informe Vía Pericial parte de una interpretación inexacta de lo resuelto por la autoridad de competencia, por excesiva. Pues, tal y como ya he señalado y según reconoció el Sr. Serrano durante la celebración de la vista, se considera que los tres círculos de infracción sancionados por la autoridad de competencia podrían haber tenido un impacto causal equivalente sobre el eventual sobreprecio que pudo afectar la adquisición del vehículo al que la demanda se refiere. No se realiza el más mínimo análisis de repercusión del sobreprecio a través de la cadena de suministro afectada por la infracción y tomando en consideración las circunstancias conocidas sobre el canal de comercialización del vehículo al que se refiere la demanda. A su vez, el informe no justifica la selección del método de cálculo y fuentes de información empleadas que, por el contrario, de forma intuitiva, se revelan como inadecuadas por corresponderse con meros indicadores empleados con finalidad fiscal y no representativos del mercado afectado por la conducta anticompetitiva en términos materiales, especialmente para la adquisición de vehículos nuevos como el caso de la actora. En realidad, la admisión de Compass Lexecon sobre las limitaciones de los datos de esta clase interviene como la única crítica al informe Vía Pericial, que también es propia. Después, las explicaciones del Sr. Serrano a propósito de su labor de “depuración” para convertir un precio del mercado de vehículos usados y no real en uno representativo de los precios abonados por los consumidores en el mercado de venta de vehículos nuevos, además de no explicitadas en el cuerpo de su informe, adolecieron de un acusado tono oportunista y evasivo. La propia identificación del modelo de regresión efectivamente empleado y de los factores o variables que lo definen es de todo punto insuficiente, por más que el perito insistiese durante la vista en que el método efectivamente toma en consideración factores de oferta, de demanda y una variable temporal, sin mayores explicaciones, lo que se antoja como una visión muy simplista de un estudio de estas características y, por lo tanto, poco fiable.

31.- El informe Compass Lexecon está afectado por los mismos problemas de idoneidad en la selección de datos y planteamiento de los modelos empleados a tal fin. No se ofrece la más mínima explicación a propósito de por qué resulta idóneo que un infractor recurra a datos públicos y limitados para el planteamiento de su análisis de cuantificación a cero de los efectos de la conducta sancionada, cuando se encuentra en posesión de un amplísimo inventario de información comercial real, por directamente afectada por la infracción, además de todas aquellas pruebas que serían útiles para recrear el funcionamiento del cártel e identificar las pautas cualitativas adecuadas con las que, después, abordar el planteamiento de un modelo econométrico. Es cierto que suele reprocharse a los informes de los cartelistas la opacidad de alguno de los datos privados habitualmente empleados, por su falta de difusión en el mercado y completo control sobre estos. En estos casos, puede resultar adecuada la utilización combinada de datos privados y públicos, pero no la completa sustitución de los primeros por los segundos, por resultar menos idóneos a tal fin.

32.- La econometría no es una ciencia sino un arte. Por eso tiene que ser explicada, es decir, que las conclusiones de un informe econométrico no pueden ser aprehendidas literalmente, llevado el juez de un acusado voluntarismo guiado del tono de aparente irrefutabilidad que haya impreso a su redacción el equipo pericial que suscriba el informe. Compass Lexecon ha despreciado injustificadamente la oportunidad de explicar y defender su trabajo y conclusiones, participar del debate contradictorio durante la celebración de la vista de juicio, proponer quizás un itinerario más amplio para el acceso a nueva información y contranálisis y ganar mi convicción sobre la validez de su informe. Por el contrario, el informe Compass Lexecon trata de generar la apariencia de un trabajo intenso, pero no lo es en absoluto y sus limitaciones son evidentes.

33.- En particular, como tuve oportunidad de explicitar durante la celebración de la vista, ante este juzgado se han presentado otros informes periciales que, de manera minuciosa, examinan la debilidad de un intento de cuantificación del daño en este caso y basado en indicadores como los empleados aquí por una y otra parte, por su artificiosidad y sesgos deflacionistas. En estos casos, quizás pueda hacerse uso de estos indicadores para el desarrollo asequible de un método de cálculo alternativo o de refuerzo, pero nunca como sustitutivo de un método de cuantificación que tome por base datos incontrovertiblemente relacionados con la infracción, suficientemente expresivos e idóneos para el desarrollo de un estudio sólido, sin resultar esa exigencia exorbitante.

34.- Los cárteles causan daño porque sirven para eso. La aplicación de una presunción de daño a una infracción de las características de la sancionada supone un punto de partida para el enjuiciamiento de este caso. La institución procesal de cargas probatorias alcanza un triple significado. En primer lugar, sirve para explicar quién tiene que hacer qué en un proceso civil. En segundo lugar, sirve para explicar cómo debe hacerlo. En tercer lugar, las cargas de prueba intervienen como un criterio que precipita la decisión del juez cuando no son satisfechas y la prueba es insuficiente. Para distribuir cargas probatorias en un proceso de daños, el juez debe examinar primero qué solución es más soportable: un exceso o un defecto de compensación. Un proceso de aplicación privada del Derecho de la Competencia se ubica en un plano inclinado y siempre favorable a la compensación de daños, por vigencia del principio de efectividad del derecho al pleno resarcimiento del perjudicado por una infracción anticompetitiva, el efecto vinculante a lo resuelto por la autoridad de competencia y la aplicabilidad de presunciones de daño. No todo exceso de compensación determina una sobrecompensación, que está normativamente prevista en la Directiva de daños para aquellos casos en los que la indemnización se ubica muy por encima del daño realmente causado y especialmente en relación con la admisibilidad de la defensa por repercusión de sobrecostes (art. 12). El daño antitrust no es observable directamente, sino que solo

puede medirse a través de un informe pericial especulativo y de formulación hipotética, sujeto a limitaciones e incertidumbres, como reflejo del propio concepto de causalidad aplicable a toda teoría del daño para este Derecho.

35.- En este caso, Nissan ha desatendido completamente las cargas probatorias que le incumben y que consisten en (i) refutar la presunción de daño tras cartel, (ii) participar de la crítica oral de los dictámenes periciales traídos a las actuaciones y (iii) aportar elementos de prueba que ostenta en su poder y que están directamente relacionados con la comisión de la infracción y sus eventuales efectos en el mercado.

36.- En este caso, la parte actora ha incumplido su carga probatoria de cuantificación del daño, pues el informe pericial presentado al efecto es insatisfactorio. No deben establecerse categorías de insatisfacción de una carga procesal desatendida. Las pruebas sirven en todo o en parte o no sirven para nada. La delimitación de un estándar de exigencia probatoria de todo intento de cuantificación del perjudicado por una infracción anticompetitiva debe ser compatible con la efectividad del derecho al pleno del resarcimiento del perjudicado. Ese umbral de exigencia probatoria no es, desde luego, el penal y de “ausencia de toda duda razonable” sobre la exactitud de la existencia y cuantificación del daño, tampoco el administrativo y de “firme convicción” sobre los extremos anteriores, sino el típicamente civil, inspirado en criterios de probabilidad y prudencia que resumen el contenido de sana crítica a practicar en estos casos según nuestro acervo jurisprudencial (Azúcar II).

37.- La actividad probatoria de las partes en el proceso no puede ser sustituida por el juez de daños. Eso significa que la estimación judicial del daño como solución alternativa a un litigio de esta clase, si opera donde las cargas probatorias han resultado desatendidas, no se agota en ese criterio, estableciéndose un erróneo abanico de categorías de insuficiencia probatoria del que nunca puede partir el ejercicio estimativo del juez con carácter absoluto. La estimación judicial del daño no puede concederse de manera arbitraria e infundada, lo que sucederá en todos los casos en los que se litiga de forma especulativa y con abuso de derecho. Pero allí donde el informe pericial de cuantificación del daño ofrecido por el actor no es suficiente para ganar la convicción del juez, la estimación judicial del daño puede darse si subsisten dificultades o incluso la imposibilidad de ofrecer un estudio de cuantificación del daño solvente. Para realizar ese juicio y llenar de contenido esos conceptos, partiendo desde el estudio previo sobre el cumplimiento o no de las cargas probatorias, debe tomarse en consideración si la estrategia procesal de la parte actora en el proceso ha incluido la utilización de los remedios legalmente disponibles para solventar esas dificultades y mitigar la asimetría informativa que es su fundamento: el acceso a fuentes de prueba.

38.- Pero, mucho antes de eso, la primera estrategia procesal que debe examinarse para valorar quién ha incumplido antes su carga probatoria y por qué la cuantificación del daño puede ser difícil o imposible es la de la parte demandada en el proceso. Pues los cárteles causan daño y la primera carga probatoria no es del actor, sino del demandado.

39.- Mediante sentencia de 20 de febrero de 2019, señalar qué:

“90.- Una empresa cartelista también es beneficiaria del principio de efectividad que establece la Directiva de daños. La regla de indemnidad debe excluir, de igual manera, escenarios de sobrecompensación tanto como los de infracompensación. Sin embargo, sin alteración de esas reglas de indemnidad y efectividad, hay consecuencias que normalmente deben seguirse de escenarios de insuficiencia probatoria. Porque se parte

de la presunción de que los cárteles causan daño, una parte demandada que niega la existencia de la infracción, rechaza la aplicación de la regla legal de presunción, incumple las cargas procesales que se derivan de esa regla, resuelve no cooperar en forma alguna con la clarificación de los hechos relevantes para la solución del caso y limita su actividad probatoria a la tacha de los intentos de cuantificación realizados por un actor con pocas posibilidades, se ubica en situación de sufrir esas consecuencias. El derecho de defensa que asiste a cualquier demandado le permite desarrollar una estrategia procesal basada en la negación de los presupuestos de la acción de que se trate u otra de mera interferencia en la actividad probatoria del demandante en cuestión. Pero, en la aplicación privada del derecho de la competencia, la regla de vinculación a lo resuelto por la autoridad de competencia, el principio de efectividad, el juego de presunciones o la distribución de funciones procesales basadas en la constatación de asimetrías informativas, pueden determinar que, en escenarios como el presente, el juez haga uso de sus facultades de estimación relativa de los daños sufridos por ese actor, que son el corolario de la regla ex re ipsa en su formulación plena y conforme con la Directiva de daños”.

40.- En estos casos, la estimación judicial del daño no tiene por qué desarrollar una sola función compensatoria, sino también una función de *política de Competencia* que, sin desatender esa vocación general del Derecho de Daños, satisfaga la finalidad de disuasión de conductas anticompetitivas y la relación de complementariedad entre las facetas pública y privada del Derecho de la Competencia.

41.- En estos casos, la estimación judicial del daño en manos del juez de competencia es la solución idónea para evitar que la instancia quede imprejuizada allí donde el infractor no ha cooperado al esclarecimiento del caso, se ha conducido con completa pasividad probatoria y la presunción de daño no ha resultado desactivada.

42.- En estos casos, una presunción de daño que no está conectada con un daño mínimo no sirve absolutamente para nada. No se puede permitir que un infractor demandado se desentienda de la labor de alegación y prueba en el proceso, que las afronte de manera deficiente o, en menor medida, que las obstaculice.

43.- En estos casos, puede optarse por una cuantificación prudente y moderada del daño antitrust, de raigambre empírica considerando los resultados lesivos conocidos de un cartel, compatible con la propia incertidumbre probatoria que fundamenta el recurso a la facultad estimativa del daño y que, precisamente desde el pronunciamiento de la sentencia de 20 de febrero de 2019, aunque novando su motivación, ha sido definida para este partido judicial en el 5% del precio de adquisición del bien o servicio afectado por la infracción imputable al demandado.

44.- Por todo ello, resuelvo la estimación parcial de la demanda, para conceder a la actora una indemnización coincidente con el 5% del precio de adquisición del vehículo al que la demanda se refiere. Como en este caso la actora es, al menos aparentemente, una consumidora, el porcentaje anterior se aplicará respecto del precio final de adquisición, es decir, con impuestos incluidos, toda vez que esta no pudo haber repetido contra tercero el exceso impositivo abonado como resultado del sobreprecio impuesto por la demandada.

45.- De manera adicional, no puedo aceptar la imposición de intereses que suplica la actora. En primer lugar, los intereses aquí aplicables no son “por cobro de lo indebido”, sino como elemento

definitorio del daño antitrust, en su expresión normativa (considerando 12 y art. 3.2 Directiva de daños) y en conexión con el principio de indemnidad del perjudicado por una práctica anticompetitiva. Eso significa que los intereses no son un fruto civil de la cosa aprehendida indebidamente por el infractor, en el inexpresivo sentido empleado por la actora y si eso quisiera conectarse con una excepción a la prohibición de anatocismo más allá de lo previsto en los artículos 1108 y 1109 CC. Los intereses legales del artículo 1108 CC, aplicables al caso, se devengarán desde la fecha de adquisición del vehículo y hasta la de reclamación judicial, momento en el que podrán capitalizarse. Después serán objeto de actualización según lo previsto en el artículo 576 LEC.

Quinto.- Costas procesales.

46.- Sin condena en costas, ex artículo 394 LEC.

En virtud de los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Estimo parcial y alternativa de la demanda y, a su razón, condeno a la demandada al pago de una indemnización consistente en el 5% del precio final de adquisición del vehículo al que se refiere la demanda, cantidad actualizada en el importe del interés legal desde la fecha de adquisición del vehículo y hasta la de reclamación judicial, con admisión de la capitalización de intereses desde ese momento y hasta el de pronunciamiento de sentencia, con aplicación eventual del artículo 576 LEC y hasta completo pago.

Sin condena en costas.

Cabe apelación.

Notifíquese.

Acuerdo, mando y firma.