



AUD. PROVINCIAL SECCION N. 1
SORIA

SENTENCIA: 00154/2023

AUDIENCIA PROVINCIAL DE SORIA

N
A
1
C
F
I

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000138 /2023

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 de SORIA

Procedimiento de origen: OR4 ORDINARIO DEFENSA COMPETENCIA-249.1.4 0000241 /2022

Recurrente: BMW IBERICA SAU

Procurador: BEATRIZ VALERO ALFAGEME

Abogado: RUBEN MAGALLANES BENITOCHO

Recurrido:

Procurador: MARIA DE LAS NIEVES EUSTAQUIA ALCALDE RUIZ

Abogado: ANA MARIA SANZ VEGA

SENTENCIA CIVIL Nº 154/23

Tribunal

Magistrados/as:

D^a María Belén Pérez-Flecha Díaz (Presidente)

D. Rafael María Carnicero Giménez de Azcárate

D. José Manuel Sanchez Siscart

=====

En Soria, a cinco de junio de dos mil veintitrés.

Esta Audiencia Provincial de Soria, ha visto el recurso de apelación civil arriba indicado, dimanante de los autos de Defensa Competencia Nº 241/2022, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 2 de Soria, siendo partes:

Como apelante y demandado BMW IBERICA S.A.U., representado por el/la Procurador/a Sr/a. Valero Alfageme, y asistido por el/la Letrado/a Sr/a. Magallanes Bendicho.

Y como apelado y demandante D. _____, representado por el/la Procurador/a Sr/a. Alcalde Ruiz y asistido por el/la Letrado/a Sr/a. Sanz Vega.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de instancia se dictó sentencia en los referidos autos, cuyo fallo, literalmente copiado dice así:

“Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora Doña Nieves Alcalde Ruiz, en nombre y representación de _____ DECLARO la responsabilidad de la mercantil BMW IBÉRICA, S.A.U., en cuanto infractora o autora de la actuación anticompetitiva sancionada en la Resolución S/0482/13 de 28 de julio de 2015, dictada por la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia, (CNMC), que sanciona a varias empresas infractoras, entre ellas la demandada, al participar en la adopción e implantación de acuerdos de fijación de precios mediante determinación de descuentos máximos y en condiciones comerciales, y por un intercambio de información comercialmente sensible en el mercado español de la distribución de vehículos a motor, entre las empresas concesionarias, independientes y propios del fabricante de las marcas, y CONDENO a la misma a abonar al actor la cantidad de DOS MIL NOVECIENTOS DIECIOCHO EUROS, CON SETENTA Y CINCO CÉNTIMOS (2.918,75 €), más los intereses legales desde la fecha de adquisición del vehículo, más los intereses del Art. 576 LEC, y sin imposición de costas.”

SEGUNDO.- Dicha sentencia, se recurrió en apelación por la parte demandada, dándose traslado del mismo a las partes, remitiéndose las actuaciones a esta Audiencia Provincial de Soria, donde se formó el Rollo de Apelación Civil Nº 138/23, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en segunda instancia y no estimándose necesaria la celebración de vista oral, quedaron los autos conclusos, en virtud de lo preceptuado en el art. 465.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para dictar sentencia.

Es Ponente el/la Ilmo/a. Sr/a. D/D^a. Rafael María Carnicero Giménez de Azcárate.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Damos por reproducidos los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada.

PRIMERO.- Interpone recurso de apelación la representación procesal de la mercantil BMW IBERICA SAU contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil de Soria, que estima parcialmente la demanda interpuesta de contrario por [REDACTED], por la que se le condenó a abonar la suma de 2.918,75€, en concepto de indemnización derivada de acción por infracción del derecho de la competencia. Y alega como motivos:

1.- La acción instada por el demandante ya se encontraba prescrita cuando se ejercitó porque el plazo aplicable había transcurrido

sobradamente desde el momento en que tuvo conocimiento necesario para poder ejercitarla.

2.- No puede presumirse la existencia de un sobreprecio.

3.- Errónea valoración de la prueba en lo relativo al informe pericial de COMPASS LEXECON.

4.- No se justifica el incremento del sobrecoste en un 5%.

Interesando en definitiva la revocación de la sentencia de instancia, desestimándose la demanda con imposición de costas a la parte actora.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso que acción está prescrita.

En este sentido, convenimos con la Juzgadora de Instancia que el *dies a quo* del plazo de prescripción está fijado por la fecha de firmeza de las Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 31 de mayo de 2021 que resolvió el recurso de casación interpuestos contra la Sentencia de la Audiencia Nacional, que resolvía el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la Resolución de la CNMC de 23/07/2015 (también, en adelante, Resolución de 23/07/2015 o, la Resolución).

La Sala Tercera del Tribunal Supremo ha resuelto un total de 14 recursos de casación. Todas estas SSTS son del año 2021. Se trata de las SSTS, Sala Tercera, de 01/12/2021 (TOYOTA España S.L.U.); de 05/10/2021 (GENERAL MOTORS España, S.L.U.); de 27/09/2021 (MERCEDES-BENZ ESPAÑA, S.A.); de 17/09/2021 (HONDA Motor Europe Limited Sucursal España, S.A.); de 07/06/2021 (NISSAN IBERIA S.A.); de **31/05/2021** (BMW IBÉRICA, S.A.U); de 17/05/2021 (HYUNDAI Motor España, SLU); de 13/05/2021 (URBAN SCIENCE ESPAÑA, S.L.U.); de

13/05/2021 (FORD ESPAÑA, S.L.); de 13/05/2021 (FIAT CHRYSLER AUTOMÓVILES SPAIN S.A. y CHRYSLER ESPAÑA S.L.); de 06/05/2021 (VOLVO CAR ESPAÑA, S.L.U.); de 06/05/2021 (RENAULT ESPAÑA COMERCIAL S.A.); de 20/04/2021 [AUTOMÓVILES CITROËN ESPAÑA SA (CITROËN) y PEUGEOT ESPAÑA SA (PEUGEOT)]; y de 19/05/2021 (Mazda Automóviles España, S.A.). Esta última es la única estimatoria de un recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado frente a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23/12/2019 (ROJ: SAN 4392/2019), que fue la única Sentencia dictada por la Audiencia Nacional que estimó un recurso contencioso interpuesto por los fabricantes de automóviles. Al anular la STS de 19/05/2021 la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23/12/2019, la Audiencia Nacional ha vuelto a dictar una segunda Sentencia, de fecha 24/05/2022 (ROJ: SAN 3538/2022) en la que, esta vez, desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por Mazda Automóviles España, S.A. contra la Resolución de 23/07/2015.

La parte actora sólo puede tener un conocimiento definitivo y, por tanto, completo de los hechos a los que se refiere la Resolución de 23/07/2015 cuando dicha Resolución deviene firme y sus hechos quedan definitivamente fijados. Y esto se produce cuando las SSTS que resuelven los recursos de casación devienen firmes.

El motivo se desestima.

TERCERO.- El siguiente motivo refiere -en resumen- que no puede presumirse que la conducta sancionada necesariamente provocara existencia de sobreprecio, no pudiendo deducirse de la sentencia del Tribunal Supremo que se derive la existencia de daño, y que BMW sólo participó en el "Club de Marcas" entre junio de 2008 y noviembre de 2009.

Al respecto, la citada STS 31 mayo 2021 (Sala 3ª) refiere:

<<Como se expone en la resolución sancionadora se trata de intercambios de información comercialmente sensible que tenía lugar en tres tipologías de foros: El Club de Marcas o club de socios que da origen al intercambio de información, en el que se traslada información confidencial bajo el criterio "quid pro quo", se obtenía información a cambio de aportar la propia con una determinada calidad y periodicidad, con una estructura común de información. Con posterioridad, con la colaboración de la consultora Urban en 2010 se crea un programa de intercambio de información de indicadores de postventa y los Foros de Directores de Postventa, con intercambio de información periódica que se facilitaba empleando plantillas y en las denominadas Jornadas de Constructores.

La información intercambiada y detallada en la resolución sancionadora comprende una gran cantidad de datos que recaen sobre a) la rentabilidad y facturación de las redes de concesionarios en total y desglosado por venta de automóviles (nuevos y usados) y actividades de posventa (taller y venta de recambios) b) los márgenes comerciales y política de remuneración ofrecida por las marcas a sus redes de concesionarios con influencia en el precio final de venta fijado por éstos, con distinción de la retribución fija y la variable a los concesionarios, conceptos incluidos en de cada tipología de retribución, sistema de bonus, financiación de las campañas, de verificación de objetivos y financiación de los vehículos adquiridos por los concesionarios c) estructuras, características y organización de las redes de concesionarios y datos sobre políticas de gestión de dichas redes d) condiciones de las políticas y estrategias comerciales actuales y futuras en relación al marketing de posventa, e) campañas de marketing al cliente final e) programas de fidelización de los clientes f) políticas adoptadas en relación con el canal de venta externa y

mejores prácticas de gestión de sus redes y g) cifras de ventas mensuales desagregadas por modelos de automóviles.

Estos intercambios se concretaron en diferentes aspectos: 1) la rentabilidad y facturación de sus correspondientes redes de concesionarios en total y desglosado por venta de automóviles y actividades de postventa, 2) Márgenes comerciales y política de remuneración ofrecida por las redes de concesionarios y datos sobre la gestión de dichas redes, 3) estructuras, características y organización redes de concesionarios y datos sobre políticas de gestión de dichas redes, 4) condiciones de políticas y estrategias comerciales actuales y futuras de marketing de postventa, 5) Campañas de marketing al cliente final y 6) Programa de fidelización de sus clientes.

Pues bien, **los elementos obrantes en autos ponen de manifiesto que la información compartida consiste en gran parte en elemento que afectan de forma relevante a los precios** y a su estructura y sustentan la calificación de restricción por objeto como razona la CNMC. Esta considera la información comunicada por las empresas como estratégica en cuanto consiste en datos desagregados (con desglose de unidades vendidas, ingresos, resultados económicos de la actividad y en porcentaje sobre los ingresos e importes de beneficios antes de impuestos respecto a vehículos nuevos, usados, recambios y postventa), contiene elementos actuales que se transmitían una vez obtenidos y en fin, se proporcionaba con carácter periódico y secreto, siendo, sin duda información comercial sensible para la competencia.

La información transmitida se refería a aspectos tales como remuneración y márgenes comerciales de las redes de concesionarios con influencia en el precio final de venta y en las condiciones de políticas y estrategias comerciales y permitía a las empresas participantes conocer la actuación de sus competidores a través de datos desagregados que se comunicaban de forma sistemática, secreta, periódica y restringida para su propio

beneficio, reduciendo la incertidumbre en procesos de determinación de precios y en las condiciones comerciales afectando gravemente la independencia con la que cada operador debe actuar en el mercado.

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

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, disminuyendo la competencia en el mercado>>.

Por lo tanto, se acredita el daño y la relación de causalidad, toda vez que el demandado era uno de los sancionados por la conducta colusoria y participó en dichas acciones, dentro del ámbito temporal en que el actor adquirió su vehículo, debiendo desestimarse el motivo.

CUARTO.- Los dos últimos motivos aducen errónea valoración de la prueba en lo relativo al informe pericial de COMPASS LEXECON, que habría acreditado que no existe evidencia de que el sobreprecio exista; y en su caso, improcedencia de estimar un daño en un porcentaje del 5%.

Al respecto, el informe COMPASS LEXECON parte de premisas que hemos desestimado en el fundamento jurídico anterior, por cuanto niega la relación de causalidad entre las conductas sancionadas y el daño producido, y partiendo dicha base, no podemos tomarlo en consideración.

Por el contrario, como pone de relieve la sentencia apelada y a sus razonamientos nos remitimos, la pericial de la actora emplea un método comparativo geográfico con el mercado italiano por presentar mayores semejanzas con el español, apreciando un incremento mayor de precios de los vehículos cartelizados en España como consecuencia de las prácticas anticompetitivas. Por lo demás, nos encontramos ante un supuesto de hecho en el que se ha acreditado la existencia de daño derivado de ilícito competencial, resultando de aplicación el criterio de estimación judicial del daño que se ha plasmado en la ya citada STJUE de 22-6-22, que sostuvo el carácter procesal del contenido del artículo 17 Directiva 2014/104 y 76.2 LDC nacional: "constituye una disposición procesal a efectos del artículo 22 apartado 2 de la citada Directiva y de que en su ámbito de aplicación temporal está comprendida una acción por daños que, aunque se derive de una infracción del Derecho de la competencia que finalizó antes de la entrada en vigor de dicha Directiva, fue ejercitada después del 26 de diciembre de 2014 y después de la entrada en vigor de las disposiciones que transponen tal Directiva al Derecho nacional". En esta línea también la AP Pontevedra en Sentencia 108/2020: "...resulta legítimo en infracciones de esta clase, caracterizadas por la enorme dificultad probatoria y por la extrema onerosidad de acceso a las fuentes de prueba, que el tribunal identifique un método de valoración razonable, según resulta de criterio jurisprudencial consolidado".

Por todo ello, se considera un perjuicio razonable equivalente al 5% del precio total de adquisición del vehículo que fija la sentencia objeto de apelación. Se considera que es una cifra que se adapta a las circunstancias de este supuesto de hecho: ámbito temporal del cártel en el que participó la demandada -algo más de un año en el caso del "Club de Marcas"- y al hecho de que la prueba pericial de la actora permite vislumbrar una desviación del precio final de alrededor de ese porcentaje. No se puede perder de vista que ninguna empresa participaría en un cártel si no es para obtener información que al menos implique ese sobrecoste. Ello aparte, esta Sala ha venido aplicando este criterio en cuanto al llamado cártel de los camiones, así lo hemos dicho en la Sentencia 174/2022, de cinco de mayo.

QUINTO.- Procede por todo lo expuesto la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia apelada, con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante, art. 398 LEC, y pérdida del depósito.

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

FALLO

LA SALA ACUERDA: DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Valero Alfageme, en nombre de BMW IBERICA SAU, y CONFIRMAR INTEGRAMENTE la sentencia de fecha 13 de marzo de 2023 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Soria en el procedimiento ordinario 241/2022, imponiendo a la parte apelante las costas causadas en esta alzada.

Visto el resultado de la resolución recaída, y conforme lo recogido en el punto 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la nueva redacción introducida por la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre, BOE de 4 noviembre, con pérdida del depósito ingresado en su día para recurrir, y procédase a dar a éste el destino previsto en la Ley.

La presente resolución es susceptible de recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal siempre que se cumplan los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos, a interponer ante este mismo tribunal en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación.

Y firme que sea devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la resolución para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.