



WWW.CONSULTORESTECNICOS.ES

Roj: **SJM B 1347/2023 - ECLI:ES:JMB:2023:1347**

Id Cendoj: **08019470072023100070**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Barcelona**

Sección: **7**

Fecha: **17/05/2023**

Nº de Recurso: **763/2022**

Nº de Resolución: **80/2023**

Procedimiento: **Procedimiento Ordinario. Defensa de la competencia (Art. 249.1.4 LEC)**

Ponente: **RAUL NICOLAS GARCIA OREJUDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Juzgado de lo Mercantil nº 07 de Barcelona

Avenida Gran Via de les Corts Catalanes, 111, edifici C, planta 112 - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 935549467

FAX: 935549567

E-MAIL: mercantil7.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0704047120220000648

Procedimiento ordinario (Materia mercantil art. 249.1.4) - 763/2022 -C

Materia: Otras Demandas en materia de transporte

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 4342000004076322

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES 55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Juzgado de lo Mercantil nº 07 de Barcelona

Concepto: 4342000004076322

Parte demandante/ejecutante: Ruth

Procurador/a: Gonzalo Bernal Garcia

Abogado/a: Pedro Antonio Fuentes Guerrero Parte demandada/ejecutada: NISSAN MOTOR ESPAÑA, S.A.

Procurador/a: Yvonne Fontquerni Coloma

Abogado/a:

SENTENCIA N° 80/2023

En Barcelona a 17 de mayo de dos mil veintitrés

Vistos por mí, D. Raúl N. García Orejudo, Magistrado titular del Juzgado Mercantil nº 7 de esta Ciudad, los autos del juicio ordinario N° 763/22, seguidos a instancia de Dña. Ruth representado por el procurador Gonzalo Bernal, contra NISSAN IBERIA S.A., representada por Dña. Yvonne Fontquerni Coloma Procuradora de los Tribunales y defendida por el Letrado D. Javier Alonso Menjón.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La demandante formuló demanda de juicio ordinario sobre derecho de la competencia contra NISSAN IBERIA S.A., alegó los fundamentos de derecho que estimó oportunos y terminó solicitando del Juzgado que se dictase sentencia de conformidad con sus pretensiones.



SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda y se emplazó a la demandada para que en el plazo de veinte días contestara a la misma por escrito apercibiéndole de que, de no hacerlo así, se declararían su situación procesal de rebeldía; la demandada compareció para contestar a la demanda y oponerse a las pretensiones de la actora, solicitando la desestimación de la demanda y la condena en costas de esta última.

TERCERO.- Citados los litigantes al acto de la audiencia previa que tuvo lugar el día 30 de noviembre de 2022 en el mismo comparecieron la parte actora y la parte demandada y se celebró con el resultado que consta en el acta y en la reproducción audiovisual.

CUARTO.- La práctica de las pruebas admitidas tuvo lugar en el juicio celebrado en fecha 15 de marzo de 2023 con el resultado que consta en el acta y en la reproducción audiovisual. Finalizado el acto de juicio quedaron los autos para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Alegaciones de las partes.

1. La parte demandante ejercita una acción, en aplicación de los arts. 1, 71 a 73 de la Ley de Defensa de la Competencia por la que pretende que se condene a NISSAN IBERIA S.A. al pago de la cantidad establecida en la demanda por infracción de normas sobre defensa de la competencia, que tenía su origen en el sobreprecio satisfecho por el demandante en la compra del vehículo marca Nissan, descrito en la demanda.

La actora considera que el sobreprecio se produce como consecuencia de las conductas anticompetitivas de la demandada, sancionadas por la resolución firme S/0482/13 dictada el 28 de julio de 2015, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

2. La parte demandada alega, en síntesis, las siguientes cuestiones relevantes:

2.1. La prescripción de la acción resarcitoria ejercitada, que, a juicio de la demandada, era de un año, conforme a las reglas de la responsabilidad extracontractual.

2.2. Se defiende que la infracción que adquirió finalmente firmeza lo fue por objeto, no por efecto y que las conductas sancionadas no determinaron consecuencia alguna en el precio pagado por los compradores finales de vehículos ya que los precios de venta al público los determinan los concesionarios.

2.3. No debe aplicarse la presunción de daños de la resolución de la Comisión.

2.4. No hay criterios de cuantificación del daño en la resolución de la CNMC.

2.5. No se aporta prueba del daño concreto sufrido por el comprador, cuestionando el método empleado por el perito de la parte actora.

SEGUNDO.- Hechos probados.

3. El artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente estipula que incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone, de tal modo que la parte actora ha de probar normalmente los hechos constitutivos de su derecho y la parte demandada los extintivos (SSTS de 26 de junio de 1974, 16 de diciembre de 1985 y 19 de diciembre de 1989).

4. En el supuesto enjuiciado han resultado acreditados los siguientes hechos que se estiman no controvertidos, a la vista de las alegaciones de las partes o sobre la base de la prueba documental aportada y no contradicha:

1) La demandante adquirió en fecha 20/12/2012 el vehículo marca Nissan modelo Qashqai matrícula XQC n ° de bastidor NUM000

por el precio de 20.800 €.

2) El 28 de julio de 2015 la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictó resolución S/0482/13. Recurrida judicialmente, resolvió primero la Audiencia Nacional, que, en sentencia de 27 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:AN:2019:5028), desestimó el recurso planteado por Nissan.

El Tribunal Supremo resolvió por Sentencia de 7 de junio de 2021, Sala IV (ECLI:ES:TS:2021:2439), rechazando el recurso de casación.

3) En la resolución dictada por la CNMC se identifican tres escenarios favorecidos por los fabricantes sancionados en los que se producía el intercambio de información:



- El denominado club de la marca, en el que se intercambiaba información sobre las estrategias de distribución comercial, los resultados de las marcas, y la remuneración media y los márgenes comerciales a sus redes de concesionarios, comenzó en febrero de 2006 y finalizó en julio de 2013. Nissan Iberia participó en el Club de Marcas entre junio de 2008 y julio de 2013.

- El foro de postventa, en el que se intercambiaba información sobre servicios posventa y actividades de marketing, comenzó en marzo de 2010 y finalizó en agosto de 2013. Nissan Iberia participó en el Foro de Postventa entre marzo de 2010 y agosto de 2013.

- Las jornadas de constructores, en las que se intercambiaba información sobre las estrategias y políticas comerciales relativas a la comercialización de posventa, las campañas a clientes finales y los programas de fidelización, comenzaron en abril de 2010 y finalizaron en marzo de 2011. Nissan Iberia solo participó en este intercambio en marzo de 2011.

5) En febrero de 2022 el abogado de la demandante remitió reclamación extrajudicial de daños a Nissan Iberia, S.A.

TERCERO.- Marco jurídico aplicable.

5. La Ley aplicable para solucionar este procedimiento sería la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), que ha sido modificada por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores (RDL 9/2017).

La Disposición Transitoria Primera del RDL 9/2017 advierte que:

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

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

Esta precisión es importante ya que la Exposición de Motivos del RDL, en el que se incorpora al derecho español la Directiva 2014/104/UE (del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014 que establece determinadas normas por las que se rigen, en virtud del Derecho nacional, las acciones de daños resultantes de las infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea) advierte que:

"El Real Decreto-ley establece el plazo de prescripción de 5 años para el ejercicio de las acciones por daños, y regula la cuantificación de los daños y perjuicios en lo relativo a la carga de la prueba -que corresponde a quien demanda- introduciendo determinados matices, como una presunción "iuris tantum" de causación del daño en las infracciones calificadas como cártel, o la posibilidad de los jueces de estimar un determinado importe de daños si se acreditara la existencia de los mismos pero fuera prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlos con precisión."

Por lo que la reforma de la LDC no debería afectar en principio ni al plazo de prescripción, que en la reforma se establece en 5 años (artículo 74), ni a la presunción de daños del artículo 79.

CUARTO. - Resolución del Juzgado. Existencia de un daño.

6. De algunos pasajes de la propia decisión sancionadora se puede comenzar a advertir que hay una conexión clara, directa e inequívoca entre los comportamientos sancionados y el precio final pagado por el adquirente de un vehículo:

1.1. En el apartado de hechos acreditados de la resolución (folio 25 de 106) se indica que Nissan intervino en:

"1. Intercambios de información comercialmente sensible sobre la estrategia de distribución comercial, los resultados de las marcas, la remuneración y márgenes comerciales a sus Redes de concesionarios con efecto en la fijación de los precios de venta de los automóviles, así como en la homogeneización de las condiciones y planes comerciales futuros de venta y posventa de los automóviles en España desde, al menos, 2004, hasta julio de 2013."

1.2. En el folio 26 de la resolución se indica:

"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."

1.3. En el folio 27, al referirse a los datos que se intercambiaron las empresas afectadas por el cartel, la resolución indica:

"Los intercambios de información confidencial comprendían gran cantidad de datos:

- *la rentabilidad y facturación de sus Redes de concesionarios en total y desglosado por venta de automóviles (nuevos y usados) y actividades de posventa (taller y venta de recambios),*

- *los márgenes comerciales y política de remuneración ofrecida por las marcas a sus Redes de concesionarios, con influencia en el precio final de venta fijado por éstos; ello incluía, el peso, en términos porcentuales, asignado a retribución fija y variable a los concesionarios, conceptos incluidos en cada una de las tipologías de retribución, sistema de bonus, financiación de campañas, sistemas de verificación de objetivos y financiación de los vehículos adquiridos por los concesionarios.*

[...]

- así como las cifras de ventas mensuales desagregadas por modelos de automóviles."

1.4. Al describir el mercado en el que se desarrolla la conducta colusoria (folio 17) la Comisión considera:

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

1.5. En el folio 36 del acuerdo sancionador se precisa:

"En el expediente constan tablas que reflejan la información intercambiada, por marcas, conteniendo: unidades vendidas de vehículos nuevos y usados, facturación total acumulada en euros y en porcentaje con un desglose de la venta de los vehículos nuevos, usados, servicios de talleres y venta de recambios; los gastos indirectos ajenos y extraordinarios, con las cifras del beneficio antes de impuestos en euros y en porcentajes, los gastos financieros de los vehículos nuevos en euros, los costes por unidad y el número de concesionarios en porcentaje incluidos en la muestra. Las tablas reflejan la información detallada para cada marca, incluyendo ratios económicos como el número de unidades y el precio medio de los vehículos nuevos y de ocasión, la facturación total de vehículos nuevos y usados, los gastos generales de su Red de concesionarios, la tasa de absorción de los gastos generales y distintos ratios económicos confidenciales y estratégicos como el ratio resultante de dividir los resultados económicos de vehículos nuevos y de ocasión entre las unidades de dichos vehículos nuevos y de ocasión vendidos. Consta en el expediente el acuerdo, adoptado en el VI Foro de Directores de Posventa, de la inclusión en las tablas que venían intercambiándose de un código semafórico identificando aquellas situaciones por encima o por debajo del 25% del valor medio de las marcas que hubiesen aportado su información."

1.6. En el folio 47 se reitera:

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

1.7. En el folio 92 la Comisión considera 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."

7. Como desarrolla acertadamente la sentencia del JM número 12 de Barcelona de 21 de noviembre de 2022, "aunque ni en el recurso de nulidad ante la Audiencia Nacional ni en el Recurso de Casación ante la Sala IV del Tribunal Supremo se aborda directamente la conexión entre los comportamientos sancionados y el precio pagado por el comprador final del vehículo. No fue objeto de los recursos, sin embargo, es interesante reseñar que en distintos pasajes de la sentencia del Tribunal Supremo se considera esa relación entre los comportamientos sancionados y el precio final satisfecho por el comprador:

2.1. (Hecho octavo, punto 15): "El valor estratégico de los datos intercambios resulta también patente, y de forma especialmente relevante, en relación con la información suministrada sobre el sistema de retribución de las marcas a los concesionarios. Recordemos que el precio de venta recomendado comunicado por la marca es la cantidad que resulta de restar al precio franco fábrica la retribución fija. Así, el incentivo ligado a la retribución variable (rápel de volumen por cumplimiento de objetivos, o rápel ligado al cumplimiento de objetivos de ventas de modelos específicos, o rápel de regularidad) se presenta como el elemento competitivo principal entre los concesionarios. El intercambio de información sobre este último permitía conocer a las empresas participantes el precio final fijado por las distintas redes, disminuyendo así la competencia en el mercado."

2.2. (Fundamento jurídico Tercero): "La información intercambiada y detallada en la resolución sancionadora comprende una gran cantidad de datos que recaen sobre: a) la rentabilidad y facturación de las redes de concesionarios en total y desglosada por venta de automóviles (nuevos y usados) y actividades de postventa (taller y venta de recambios), b) márgenes comerciales y política de remuneración ofrecida por las marcas a sus redes de concesionarios con influencia en el precio final de venta fijado por éstos, con distinción de la retribución fija y la variable a los concesionarios, conceptos incluidos en cada tipología de retribución, sistema de bonus, financiación de campañas, verificación de objetivos y financiación de vehículos adquiridos por los concesionarios."

2.3. Y, específicamente, en ese mismo fundamento, cuando la Sentencia afirma 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, disminuyendo la competencia en el mercado. Así lo afirmamos ya en nuestra sentencia nº 1359/2018, de 25 de julio (rec. 2917/2016)."

Por lo tanto, considero que del contenido de la sanción administrativa se puede concluir que aun siendo un expediente administrativo en el que se sanciona por el objeto de los hechos infractores, hay una conexión clara e inequívoca entre el intercambio de información reiterado durante varios años en distintos escenarios y el precio de mercado de los vehículos comprados por los adquirentes finales. La autoridad administrativa no tiene porqué analizar una posible infracción por efecto ya que, acreditado el objeto del intercambio de información, la administración podría imponer la sanción, sin necesidad de que hubiera una prueba directa e inequívoca del daño a los compradores finales.

En la resolución administrativa se identifican tres ámbitos en los que se produce ese intercambio de información. La identificación de esos tres ámbitos también es determinante para establecer el período durante el que se produjo el intercambio de información y la participación de Nissan en estos foros:

- El denominado club de la marca. Foro que, conforme sintetiza el propio perito de la demandada en su dictamen: "en el que se intercambiaba información sobre las estrategias de distribución comercial, los resultados de las marcas, y la remuneración media y los márgenes comerciales a sus redes de concesionarios, comenzó en febrero de 2006 y finalizó en julio de 2013. Este fue el único intercambio de información relacionado con la distribución y comercialización de automóviles nuevos. Nissan Iberia participó en el Club de Marcas entre junio de 2008 y julio de 2013" (folio 4 del dictamen)



- El foro de postventa, "en el que se intercambiaba información sobre servicios posventa y actividades de marketing, comenzó en marzo de 2010 y finalizó en agosto de 2013. Nissan Iberia participó en el Foro de Postventa entre marzo de 2010 y agosto de 2013", según indica el informe pericial de la demandada.

- Las jornadas de constructores, "en las que se intercambiaba información sobre las estrategias y políticas comerciales relativas a la comercialización de posventa, las campañas a clientes finales y los programas de fidelización, comenzaron en abril de 2010 y finalizaron en marzo de 2011. Nissan Iberia solo participó en este intercambio en marzo de 2011."

8. Este juzgador hace suyas en consecuencia las primeras valoraciones que permiten establecer una conexión, un nexo causal, entre los comportamientos sancionados y los criterios para fijar el precio final que paga el comprador de un vehículo en un concesionario lo que permite presumir que las comunicaciones existentes entre los sancionados tenían una incidencia directa sobre los precios de venta finales.

9. Para contrarrestar esta inicial conclusión, la parte demandada acude para negar la existencia de daño al dictamen pericial elaborado por COMPASS LEXCOM que acude a dos métodos de análisis amparados por la Guía Práctica de la Comisión Europea (Guía Práctica: Cuantificar el Perjuicio en las Demandas por Daños y Perjuicios por Incumplimiento de los Artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 11 de junio de 2013). Estos métodos los define a partir del folio 6 del dictamen:

a) Una comparación temporal o método diacrónico de los precios de Nissan durante y después de la Infracción a partir de los datos Boletín Oficial del Estado (BOE).

Respecto de los datos facilitados por el BOE, el propio dictamen afirma que "los Datos BOE proporcionan información de los vehículos comercializados nuevos en cada año entre 2005 y 2021. Para cada vehículo se incluye información sobre el precio medio del vehículo sin descuentos con un año de antigüedad y sus principales características (modelo comercial, tipo de combustible, potencia del motor, número de cilindros, cilindrada y emisiones de CO2)."

En el propio dictamen (folio 6) se advierte que: "A la hora de implementar el método de comparación hemos tenido en cuenta que existen factores ajenos a la Infracción que influyen en los precios que pueden cambiar a lo largo del tiempo, tales como, cambios en las características de los vehículos a lo largo del tiempo y cambios en las condiciones de oferta y demanda de los vehículos. Como se sugiere en la Guía Práctica de la Comisión, la mejor manera de tener en cuenta todos los factores que influyen en los precios y de estimar con precisión el supuesto impacto de la Infracción es utilizar el análisis de regresión. El análisis de regresión es una técnica estadística estándar ampliamente utilizada en este tipo de casos."

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

b) El segundo método empleado es el de diferencias en diferencias ("DiD"), que utiliza como referencia un mercado geográfico o de producto no afectado y un periodo no afectado por la infracción. Utilizando dos referencias se estima el efecto potencial de la infracción a partir de las diferencias observadas a lo largo del tiempo y entre mercados. Para ese estudio comparativo el dictamen acude a un dato estadístico facilitado por Eurostat (la Oficina Estadística de la Unión Europea), que publica un índice de Precios de Consumo Armonizado de automóviles o HICP de automóviles (folio 5 del dictamen).

En el dictamen se especifican los parámetros utilizados por este índice:

"El HICP de automóviles recoge precios efectivos de venta al público incluyendo impuestos y otros gastos relacionados con la adquisición de los vehículos. Eurostat calcula el HICP como el precio medio ponderado de los diferentes tipos de vehículos (turismos, furgonetas de pasajeros y vehículos familiares y similares con tracción a dos o a cuatro ruedas) tanto nuevos como usados incluidos en la cesta en cada momento del tiempo."

Los datos disponibles abarcan el período 1998 a 2021, de frecuencia mensual. Se ha utilizado como mercado de referencia para comparar el de la Eurozona en su conjunto. Tanto para períodos afectados por el comportamiento sancionado, como para períodos no afectados.

En el folio 7 del dictamen se hace referencia a que hay algunos factores que influyen en los precios y que han evolucionado de forma diferente entre los diferentes países, "entre estos factores se encuentran, por ejemplo, la evolución general de los precios en cada región, los costes de producción o la evolución de la demanda de vehículos."



Para tener en cuenta el efecto de estos factores y aislar el impacto de la Infracción han utilizado el análisis de regresión. Concluyendo que la aplicación de la metodología DiD a los datos públicos disponibles del HICP en España y en la Eurozona utilizando el análisis de regresión indican que no hay evidencia empírica de que la Infracción haya generado un sobreprecio.

Respecto del primero de los métodos empleado, el método diacrónico, el propio dictamen identifica las limitaciones del mismo (folio 16):

- a) Los precios de los vehículos en los Datos BOE no reflejan los precios finalmente pagados por los clientes ya que los Datos BOE no incluyen descuentos.
- b) Los precios de los vehículos en los Datos BOE no reflejan precios de vehículos nuevos porque incluyen la depreciación sufrida por el automóvil durante el primer año de vida del mismo.
- c) Los Datos BOE no recogen todas las características de los vehículos incluidos en los datos.
- d) Los Datos BOE no proporcionan ninguna información sobre los costes de fabricación de los vehículos.

10. Al igual que la sentencia indicada del JM 12 antes indicada, también valoro que las referidas limitaciones permiten cuestionar los resultados del dictamen dado que, según el propio relato de hechos relevantes del acuerdo sancionador de la CNMC, el intercambio de información no sólo permitía a los fabricantes conocer el precio o coste de fabricación. Basta reproducir las afirmaciones que contiene el acuerdo sancionador en el folio 92:

"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."

11. Además, en el propio dictamen pericial se hace referencia a una serie de factores que, a juicio de los peritos, pudieran haber afectado al precio al margen de la infracción (folio 19 y 20), lo que les lleva a aplicar una serie de ajustes (modelos de regresión) que describen a partir del folio 20 y que llevan a concluir (folio 23, punto 2.42) que "la diferencia no es estadísticamente diferente de cero. El coeficiente estimado tiene un p-valor de 0,687, lo que indica que la diferencia entre los precios antes y después de la Infracción se

debe, con una alta probabilidad, a variaciones aleatorias en los datos. En concreto, la probabilidad de estimar un efecto sobre los precios del 0,2% o más si el verdadero efecto sobre los precios fuera del 0% sería de más del 68,7%, muy por encima del umbral científico convencional del 5%."

12. Y por ello también considero que "este método no es fiable, da un resultado sesgado. Los peritos no han tenido en cuenta que el intercambio de información durante el período en el que se constata la infracción permitió a los fabricantes no sólo conocer la evolución de los costes de fabricación, sino también la ponderación de otros factores que afectaban a todas las empresas sancionadas. La demandada podría contar con otra información mucho más fiable ya que bastaba con que hubiera facilitado los datos de los que disponía respecto del precio de venta los propios vehículos fabricados y comercializados por Nissan durante el período anterior a la infracción, el período afectado por la infracción y el posterior. Por lo menos el precio de venta al concesionario, así como los descuentos, incentivos o rápeles ofrecidos a los concesionarios para favorecer los objetivos de venta".

13. Respecto del segundo de los métodos empleados, el de diferencias en las diferencias, lo desarrolla a partir del folio 16 del dictamen, hasta el folio 19. En el dictamen se indica que los precios recogidos por el índice publicado por Eurostat son precios efectivos de venta al público incluyendo en este caso impuestos y otros gastos relacionados con la adquisición del vehículo. Como destaca la SJM de 21 de noviembre de 2022, a partir del folio 24 del dictamen se desarrolla este segundo método. En el folio 26 se acompaña la figura 7, en la que se muestra la diferencia entre la evolución del precio en España y en la Eurozona.

14. También se aprecia que en el inicio del cartel hay una evidencia visual clara que me permite constatar que se produce un incremento de precios finales en España superior al que se produce en la Eurozona en el año 2007. Es cierto que esa diferencia se reduce drásticamente en el año 2008/2009, para quedar en 2010 el precio medio en España por debajo del precio medio en la Eurozona. Pero en el dictamen no se tiene en cuenta o,



por lo menos, no se explica con precisión la incidencia que sin duda tuvo la crisis económica y financiera de 2008-2013, en la compra y precio de vehículos, especialmente en España, donde los efectos de la crisis fueron más severos que en otros países.

15. "A partir del folio 27 (ordinal 2.52 y siguientes) el dictamen aplica una fórmula para realizar el ajuste (análisis de regresión), para concluir que incluso durante el período cartelizado pudo haberse producido un descenso generalizado en los precios: "el efecto estimado oscila entre -2,9% y el -0,5% cuando utilizamos información del periodo completo. Cuando excluimos el periodo previo a la entrada del Euro y el periodo afectado por la pandemia, el sobreprecio estimado oscila entre -2,3% y -1,1%." También debo poner en duda la utilidad de este método. El dictamen no explica, o el perito no me ha sabido explicar, porqué se aplican los correctivos o ajustes para ese análisis de regresión. Tampoco la incidencia que la severa crisis económica de 2008/2013 ha podido tener en los precios finales de vehículos en España. De nuevo he de indicar que Nissan tenía en su mano información que, a mi juicio, podría reflejar la variación en los precios de los vehículos Nissan antes, durante y después del período cartelizado.

Por otra parte, no he visto, o no he sabido ver, en las tablas que se acompañan al dictamen datos referidos a la evolución de precios sin aplicar la ecuación del análisis de regresión".

QUINTO. - Cuantificación del daño.

16. Partiendo entonces de que el cartel declarado en la resolución del órgano administrativo ha generado un daño a la parte demandante en concepto de sobrecoste, resulta necesario cuantificar este daño lo que pasa por analizar las propuestas de cuantificación realizadas por las partes.

17. A este respecto hay que tener en cuenta la facultad de estimación del daño que tiene el Tribunal cuando resulta excesivamente difícil cuantificarlo con precisión, que deriva de la Directiva y la Guía Práctica y que se ha plasmado en el art. 76.2. de la LDC con el RD 9/2017, aunque esta normativa no resulte de aplicación al presente caso.

18. Asimismo se han de tener en consideración los criterios jurisprudenciales para la valoración de materiales periciales de estas características que pueden extraerse de la Sentencia del cártel del azúcar (STS 7 de noviembre de 2013), que en su fundamento jurídico séptimo dispuso: " 3.- Frente a este informe pericial, el elaborado por la demandada parte de bases inaceptables, como son las de negar la actuación del cártel, negar las subidas concertadas de precios y negar por tanto la existencia de sobreprecio. En cuanto a la crítica del método valorativo utilizado en el informe pericial de las demandantes, pone de manifiesto la imposibilidad de realizar una reproducción perfecta de cuál hubiera sido la situación si no se hubiera producido la conducta ilícita, pero eso es un problema común a todas las valoraciones de daños y perjuicios que consisten en proyecciones de lo que habría sucedido si la conducta ilícita no hubiera tenido lugar. Es lo que la propuesta de Directiva llama la comparación entre la situación real, consecuencia de la práctica restrictiva de la competencia, y la "situación hipotética contrafáctica", esto es, la que hubiera acaecido de no producirse la práctica ilícita. Para la propuesta, esta dificultad no debe impedir que las víctimas reciban un importe de indemnización adecuado por el perjuicio sufrido sino que justificaría una mayor amplitud del poder de los jueces para estimar el perjuicio. Lo exigible al informe pericial que aporte la parte perjudicada es que formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos. La Sala entiende que el informe del perito de las demandantes contiene ambos elementos y que por tanto, a falta de otra hipótesis alternativa que pueda considerarse mejor fundada, la valoración de los daños realizada en dicho informe ha de considerarse razonable y acertada. En un caso como el que es objeto del recurso, en que la demandada ha realizado una conducta ilícita generadora de daños, puede afirmarse con carácter general que no es suficiente que el informe pericial aportado por el responsable del daño se limite a cuestionar la exactitud y precisión de la cuantificación realizada por el informe pericial practicado a instancias del perjudicado sino que es necesario que justifique una cuantificación alternativa mejor fundada, especialmente por el obstáculo que para la reserva de la liquidación de los daños y perjuicios a la ejecución de sentencia suponen las previsiones contenidas en los arts. 209.4 y 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Otra solución sería difícilmente compatible con el principio jurídico que impone compensar los daños sufridos por la actuación ilícita de otro y la tutela efectiva que debe otorgarse al derecho del perjudicado a ser indemnizado".

19. En cuanto al informe pericial de la parte actora, la sentencia del JM 5 de Madrid de 22 de noviembre de 2022 resume perfectamente su contenido:

7.5 En la página 95 de su informe se establece el método seguido en el cartel en concreto, alegando seguir 3 métodos, DIFERENCIA EN LA DIFERENCIA 12,93 % ARIMAX, 12,7% - 18,9%, y COMPARATIVO GEOGRÁFICO 9,8%. En concreto determinó y aclaró el perito en juicio utilizar en su primer método derivado de la descarga de la revista 67.com los precios de las revistas de 2000 a 2019, siendo unos 60.000 datos, sujetos a índice de precios de Europa, HIPC (página 40), lo cual le ha permitido medir los cambios que se han producido en los precios de los vehículos, por un lado, en España y, por otro, en otros países de la Unión Europea. Alega que el HIPC de



vehículos se muestra en Italia como un índice que no guarda relación con el volumen de ventas de vehículos, es decir, es una situación compatible con el mercado anticompetitivo, lo compara con España, y determina que hay una desconexión entre HIPC de vehículos y ventas. En resumen en su gráfico 21 determina la diferencia entre el volumen de ventas HIPC España y HPC estimado (modelo medio de todas las marcas). Realiza una comparación con otros países, centrándose en una gráfica con Grecia manifestando caída de manera natural del mercado, y en su página 49 compara el mercado de España con Irlanda, manifestando en la vista que son mercados con misma situación de crisis económica (segundo método). Por último, realiza un análisis con los modelos Arima y Arimax, determinando un método comparativo diacrónico temporal para crear un escenario contrafactual. Por último determina que se ha realizado el estudio del modelo utilizando una combinación de datos antes, durante y después del cártel, corroborando las conclusiones ya alcanzadas y confirmadas. Determina que las correlaciones son mejores que si solo hubiese datos durante la infracción, pero peores que si no hubiese datos durante la misma. Además de estos modelos econométricos, manifiesta que se han estudiado otros modelos no lineales que tenían en cuenta estas mismas variables

7.6 El perito manifestó en sala que utiliza 3 métodos, siendo el primero comparativo entre Europa y España, reforzado con el geográfico con Irlanda (segundo), y reforzándolo a su vez con el diacrónico temporal (tercero). Alegó que es un método válido conforme la Guía de cuantificación, y que resuelve sobre la estimación del modelo en concreto objeto de actuaciones.

20. Al igual que la citada sentencia del JM 5 de Madrid, salvo la referencia con Italia, se considera que " El informe pericial del actor supera sobre la base de una aproximación razonable en la cuantificación, los umbrales de la formulación de una hipótesis razonable y fundada prevista en la Sentencia del Azúcar y la jurisprudencia del TJUE, al aplicar un método para la cuantificación del daños, en base a unos datos previos públicos obtenidos, y enlazados con unas conclusiones económicas, siguiendo dos métodos económicos, pero adolece de unas deficiencias manifiestas en cuanto a la utilización de un sistema de comparativa entre precios de Europa-España, sin especificación clara de variables, partiendo de una fuente de datos que si bien parece idónea en abstracto, no lo es ni en cuanto a los datos origen, ni en cuanto al método aplicado ni respecto al escenario relacionado con Italia; el geográfico decae acogiendo las alegaciones el perito, y el tercero no establece variables claras, concretas y claras".

21 . A ello cabe añadir que los resultados cuantitativos de su análisis en cada uno de los métodos resultan, en el primero de los casos, excesivamente complejos, inescrutables y con la utilización de fórmulas y cuadros que escapan en mucho de la finalidad propia de un dictamen pericial en un procedimiento judicial que es la de que el Juez pueda valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos (art. 335 LEC). Al contrario, las explicaciones sobre el método econométrico utilizadas por el perito no contribuyen a alcanzar certeza alguna sobre la cuantificación del perjuicio, al contener innumerables conceptos técnicos no explicados, ni desarrollados, tablas y fórmulas ininteligibles y no explicadas, ni desarrolladas adecuadamente y un resultado final del sobrecoste, sorpresivo, no explicado y desconectado de las anteriores explicaciones.

Asimismo, surgen dudas sobre el llamado método ARIMA y ARIMAX, al no ser debidamente explicado de donde proceden los datos, ni los porcentajes utilizados y alcanzarse resultados cuantitativos parciales que solamente recogen dos años de referencia, 2005 y 2006 de todos los que abarcó el cártel.

Finalmente, la comparación geográfica con Irlanda es, como el propio perito reconoce, simplista y no puede ser tenida en modo alguno como referencia válida para alcanzar convicción alguna.

22. Respecto del dictamen pericial de la parte demandada, se puede extender en este apartado las mismas críticas efectuadas con anterioridad a la hora de valorar la existencia de un daño, dando por reproducidas aquí también las valoraciones que hace la SJM 12 de 21 de noviembre de 2022, así como la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013 antes citada.

23. Descartadas las cuantificaciones ofrecidas por los dictámenes periciales, entonces entra de lleno la necesidad de estimar judicialmente el daño causado con la excesiva dificultad que se aprecia en la determinación de un importe de daños con precisión. Sobre esta particular resulta necesario subrayar que nos encontramos ante la existencia de un cartel de larga duración que ha afectado a un buen número de fabricantes de coches afectados por la Decisión, en un mercado en el que, ciertamente, pueden influir muchas variables. Ello incide una excesiva dificultad en la determinación del daño derivada de la muy compleja producción de fuentes y medios de prueba útiles para una aproximación certera al daño producido, teniendo presente, además, que buena parte de tales pruebas pueden estar sujetas a prohibiciones de exhibición marcadas por la Directiva al formar parte de expedientes de la CNMC.

24. Teniendo en cuenta las limitaciones anteriores, la parte demandada estaba situada en una mejor posición que la actora para traer al proceso fuentes y medios de prueba que arrojaran luz para lograr una más adecuada aproximación al sistema de fijación de precios en el mercado sujeto a consideración. En este contexto la



facultad de estimación judicial del daño debe partir de parámetros objetivos que alejen la decisión de la mera discrecionalidad.

25. La SAP de Barcelona, Civil sección 15 del 17 de abril de 2020, en el cartel de los camiones, estimó parcialmente el recurso y redujo el porcentaje indemnizatorio del 10% al 5% entendiendo que " *descartamos la conclusión del juez de instancia al decantarse por la parte alta de la horquilla de sobreprecio fijada en el Informe Oxera de 2009, el cual ha sido desvirtuado por el informe aportado por la demandada en el recurso de apelación de la misma fuente referido a "Como evaluar los efectos de la infracción en el mercado de los camiones" de mayo de 2019 donde se indica que debe hacerse un análisis atendiendo a las circunstancias del caso basándose en hechos específicos y datos empíricos, utilizando los métodos y enfoques establecidos en el Informe de 2009 y la guía práctica de la CE de 2013 y descartando los cálculos meramente estadísticos que se habían hecho hasta el momento y utilizar el promedio de los porcentajes sacados de la literatura científica*".

26. La AP de Barcelona en la citada sentencia concluye que " *Nuestro criterio es común a otras audiencias que se han pronunciado en procesos similares, como la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 9ª, en Sentencia de 16 de diciembre de 2019 (Roj: SAP V 4152/2019 - ECLI:ES:APV:2019:4152) y la de Pontevedra, secc. 1ª, sentencia nº 108/2020, de 28 de febrero de 2020. Indicar que en la Sentencia de Valencia se citan resoluciones de tribunales alemanes donde los perjudicados aportaron dictámenes utilizando métodos comparativos con resultado de porcentajes, para el mismo cártel que nos ocupa, que se movían entre el 4,76 % y el 9% del precio de adquisición del camión, y con arreglo a lo obrante en dichos procesos, se ha concedido entre el 7% y el 9%. Por lo que el porcentaje del 5% fijado en la presente resolución se estima una cifra mínima de daño ante un escenario como el presente, en el que consta la acreditación del mismo pero con falta de datos empíricos verificables que nos permitan llegar a una estimación más ajustada del sobreprecio*".

27. Si nos centramos en el cartel de este procedimiento, la SJM 12 de 21 de noviembre de 2022 concluye que " *A partir de esta constatación y teniendo en cuenta que la demandada hubiera podido ampliar este estudio, partiendo de los datos de su propio dictamen, considero que la parte actora ha hecho el esfuerzo razonable que he mencionado en distintos pasajes de la sentencia. La parte demandada critica con severidad el dictamen contrario, pero no nos ofrece un escenario alternativo que pueda considerar válido, de ahí que no me quede más remedio que acudir a la estimación judicial del daño, asumiendo las limitaciones de este criterio estimativo. Amparado por las resoluciones de la Secc. 15ª de la Audiencia de Barcelona en las que termina acudiendo a un criterio de estimación judicial que sin duda no es el más idóneo, pero es el que permite cuanto menos reconocer una indemnización al perjudicado, aunque su pericial sea imperfecta o insuficiente. A falta de datos fiables sobre la revisión de la tabla que adjunto, creo que establecer que el sobreprecio aplicado llegó, al menos, al tres por ciento, me permite indemnizar de modo razonable a la parte demandante*".

28. Esta misma conclusión indemnizatoria es la que se pondera en el presente caso, valorando que la parte actora ha desarrollado un mínimo esfuerzo por acreditar unos daños, teniendo presente las deficiencias de su dictamen pericial antes destacadas. No hay que olvidar que este Juzgado forma parte de la sección de competencia del Tribunal de Instancia de lo Mercantil de Barcelona que como proyecto piloto del CGPJ contrasta los criterios de valoración de asuntos como el presente con los restantes Juzgados de Barcelona integrantes de la misma sección de competencia, para ofrecer una respuesta armonizada, sin que estos casos concurren razones que aconsejen apartarme de la respuesta ya ofrecida por el Juzgado Mercantil 12 de Barcelona.

29. Por la razón apuntada, también se sigue el criterio adoptado en dicha resolución respecto de la alegación de prescripción, así como la cuestión relacionada con los intereses.

CUARTO.- Costas.- Teniendo en cuenta que la demanda ha resultado estimada parcialmente, y las dudas que pueden generar los primeros asuntos en esta materia, no procede imponerlas.

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

FALLO

Que **ESTIMO parcialmente** la demanda formulada por Dña. Ruth , y **CONDENO** a NISSAN IBERIA S.A. a que abone a la demandante la cantidad de que resulte de aplicar el 3% al precio de venta del vehículo, más el interés legal devengado por esa cantidad y ello sin imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días ante este Juzgado, por escrito y con la firma de Letrado, para su resolución por la Audiencia Provincial.

Así por esta mi sentencia, juzgando definitivamente en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo.



PUBLICACIÓN.- Leída ha sido la presente resolución en audiencia pública por el Sr. Juez que la firma en el día de su fecha, doy fe.

Puede consultar el estado de su expediente en el área privada de sejudicial.gencat.cat

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales y que el tratamiento que pueda hacerse de los mismos, queda sometido a la legalidad vigente.

Los datos personales que las partes conozcan a través del proceso deberán ser tratados por éstas de conformidad con la normativa general de protección de datos. Esta obligación incumbe a los profesionales que representan y asisten a las partes, así como a cualquier otro que intervenga en el procedimiento.

El uso ilegítimo de los mismos, podrá dar lugar a las responsabilidades establecidas legalmente.

En relación con el tratamiento de datos con fines jurisdiccionales, los derechos de información, acceso, rectificación, supresión, oposición y limitación se tramitarán conforme a las normas que resulten de aplicación en el proceso en que los datos fueron recabados. Estos derechos deberán ejercitarse ante el órgano judicial u oficina judicial en el que se tramita el procedimiento, y las peticiones deberán resolverse por quien tenga la competencia atribuida en la normativa orgánica y procesal.

Todo ello conforme a lo previsto en el Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, en la Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales y en el Capítulo I Bis, del Título III del Libro III de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.