



Roj: SAP A 915/2023 - ECLI:ES:APA:2023:915

Id Cendoj: 03014370082023100377

Órgano: Audiencia Provincial

Sede: Alicante/Alacant

Sección: 8

Fecha: 29/06/2023

Nº de Recurso: 28/2023

Nº de Resolución: 369/2023

Procedimiento: Recurso de apelación

Ponente: LUIS ANTONIO SOLER PASCUAL

Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE

SECCION OCTAVA.

TRIBUNAL DE MARCA DE LA UNIÓN EUROPEA

ROLLO DE SALA Nº 28 (M-22) 23**PROCEDIMIENTO Juicio Ordinario 179/2022****JUZGADO Mercantil nº 4 Alicante****SENTENCIA Nº 369/23**

Ilmos.

Presidente: D. Enrique García-Chamón Cervera

Magistrado: D. Luis Antonio Soler Pascual

Magistrado: D. Rafael Fuentes Devesa

En la ciudad de Alicante, a veintinueve de junio del año dos mil veintitrés

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, integrada por los Ilmos. Sres. expresados al margen, ha visto en Juicio Ordinario seguido en instancia ante el Juzgado de lo Mercantil número cuatro de los de Alicante con el número 179/22, acción consecutiva a infracción colusoria de indemnización de daños y perjuicios, y de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado por la parte demandada, la mercantil B&M Automóviles España S.A., representada en este Tribunal por el Procurador D^a. Esther Pérez Hernández y dirigida por el Letrado D. Borja Ramos Fabra; y como parte apelada la demandante, D^a. María Virtudes, representada en este Tribunal por el Procurador D. Jorge Bartolomé Dobarro y dirigida por el Letrado D. Fernando Renedo Arenal, que ha presentado escrito de oposición.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Mercantil número cuatro de los de Alicante en los referidos autos tramitados con el núm. 179/22, se dictó sentencia con fecha 5 de diciembre de 2022, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " Que, ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la parte actora doña María Virtudes, que comparece representada por el Procurador de los Tribunales don Jorge Bartolomé Dobarro, y parte demandada, la mercantil B & M AUTOMÓVILES ESPAÑA S.A (Mitsubishi), que comparece representada por la Procuradora de los Tribunales doña Esther Pérez Hernández,debo CONDENAR y CONDENO a la parte demandada a pagar a la parte actora la cantidad deDOS MIL SESENTA Y OCHO EUROS, CUARENTA Y UN CÉNTIMOS.-2.068,41.-€, más la cantidad que corresponda de aplicar a la misma el interés legal del dinero desde la fecha de pago del vehículo, incrementado en dos puntos a partir de la sentencia, conforme al Fundamento de Derecho Quinto de esta resolución; sin costas." .



Solicitado complemento de la Sentencia por la entidad demandada, en fecha 22 de diciembre de 2022 se dictó Auto denegando la petición formulada por dicha parte.

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte arriba referenciada; y tras tenerlo por interpuesto, se dio traslado a las demás partes, presentándose los correspondientes escritos de oposición. Seguidamente, y concluido el trámite, se emplazaron a las partes y se elevaron los autos a este Tribunal con fecha 28 de febrero de 2023 donde fue formado el Rollo número 28/M-22/2023, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 29 de junio de 2023, en el que tuvo lugar.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

VISTO, siendo Ponente el Illmo Sr. D. Luis Antonio Soler Pascual.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- No queremos dejar de suscitar a las partes, como cuestión procesal previa, la relativa al procedimiento en el que se pretende dilucidar una acción consecutiva a la declaración de una conducta anticompetitiva ilícita, de daños y perjuicios.

La cuestión no ha sido planteada en ninguno de los recursos de apelación pero que nos parece oportuno el apunte jurídico que aquí hacemos, no por razón de los efectos que puede tener en este caso -que es ninguna-, sino por los que pueda tener en relación a otras pretensiones análogas en un futuro que sean inferiores en su importe a 3.000 euros.

Debemos recordar que conforme al artículo 254.1 LEC, al juicio se le dará la tramitación indicada por el actor, pero el juez " *no estará vinculado por el tipo de juicio solicitado en la demanda*" (ap. 3), por lo que la LEC prevé su control de oficio al comienzo del proceso: " *si a la vista de las alegaciones de la demanda el Letrado de la Administración de Justicia advirtiere que el juicio elegido por el actor no corresponde al valor señalado o a la materia a que se refiere la demanda, acordará por diligencia de ordenación que se dé al asunto la tramitación que corresponda*" (ap. 2).

En este caso, el Tribunal de instancia ha hecho uso de esta facultad para modificar la pretensión de tramitación en juicio verbal propuesta por la demandante. Al efecto, y una vez presentada la demanda, dictó Diligencia de Ordenación en fecha 9 de marzo de 2022, ordenando dar trámite conforme al Juicio ordinario en base al siguiente argumento: " *toda vez que la indemnización que se reclama necesariamente debe conllevar un previo pronunciamiento judicial respecto al acto de competencia desleal que denuncia*".

Como es evidente, tal argumento es de todo punto inapropiado, tanto en relación a la materia que refiere, porque en la demanda no se deduce acción alguna de competencia desleal, como en relación a la pretensión efectivamente deducida en la demanda, que es únicamente reclamación de cantidad sin que requiera, por la naturaleza de la acción deducida en la demanda, de declaración infractora previa.

En efecto, en la demanda se deduce una acción antitrust consecutiva a una sanción firme, conocida en el foro como "acción *follow-on*".

Esta acción es naturaleza estrictamente indemnizatoria y que tiene como sustento los hechos producidos por los sujetos infractores a través de la conducta infractora que ha sido declarada por autoridad competente, decisión que una vez firme tiene carácter vinculante para el juez civil (artículo 16 del Reglamento UE 1/2003 y STS 9 de enero de 2015).

En consecuencia, no hay pretensión de declaración de acto ilícito alguno y sí, únicamente, el ejercicio de una acción de reclamación de cantidad, una pretensión indemnizatoria que, conforme al art. 249.1.4º LEC en relación a los artículos 249.2 y 250.2 del mismo texto legal, debe dilucidarse a través del trámite que corresponda por razón de la cuantía.

Así lo interpreta el Tribunal Supremo en su Auto de fecha 13 de octubre de 2022. Dice esta resolución:

" *Con carácter previo a resolver el presente conflicto de competencia debemos determinar cuál es el cauce procesal apropiado para la tramitación de las demandas en las que se ejercitan acciones por indemnización de daños derivados de infracción del derecho de la competencia: juicio verbal o juicio ordinario.*

Atendiendo a la materia, defensa de la competencia, conforme al art. 249.1.4º la tramitación procedente para este tipo de demandas es la del juicio ordinario "siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que les corresponda en función de la cuantía que se reclame [...]".

La acción ejercitada, de daños ocasionados por una conducta contraria al Derecho de la competencia (antitrust), se apoya en la previa declaración de infracción por resolución firme de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMyC) de fecha 23 de julio de 2015, con el efecto previsto en el art. 9 de la Directiva 2014/104 .

El ejercicio de estas acciones de reclamación de cantidad supone la evaluación de las repercusiones económicas de la conducta anticompetitiva y toma como punto de partida la decisión de la CNMyC.

En ese examen pueden incidir cuestiones ciertamente complejas, pero todas dirigidas a la cuantificación del daño, sin que la mayor o menor complejidad pueda erigirse en un criterio para seguir una vía procesal u otra.

Lo preponderante (exclusivo) en la demanda es la cuantificación del daño ("reclamación de cantidad"), por lo que la cuantía de lo reclamado debe regir para la elección del procedimiento a seguir conforme al art. 249.1.4º LEC . Y en el asunto que examinamos será el juicio verbal."

Consecuentemente en el caso, y visto el importe reclamado (3.214,82 €), no debería haberse modificado la petición del demandante de incoar un Juicio Verbal.

El que se haya seguido las reglas del Juicio ordinario no tiene aquí, sin embargo, relevancia procesal porque no perjudica las garantías de las partes. Como ha dicho el Tribunal Supremo -Sentencia 79/2015, de 27 de febrero- *" el mantenimiento del juicio elegido no invalida la conducción procesal de la pretensión deducida por la actora cuando el procedimiento cuestionado contiene las garantías procesales necesarias para el desenvolvimiento de la pretensión, sin que haya lugar a indefensión"; y es difícil apreciar que esta se produzca "cuando se ha seguido el juicio ordinario, en vez de un juicio verbal...", en cuanto que está dotado de mayores garantías de defensa".*

Ello es así porque la pretensión supera los 3.000 euros. Porque de haber sido inferior a 3.000 euros dicha pretensión, la Sentencia de instancia no habría podido ser apelada y por consiguiente, el error en el trámite sí sería relevante, lo que exigiría subsanación, teniendo por dictada la Sentencia en juicio verbal y, en base a ello, habríamos inadmitido de plano el recurso de apelación.

Hecha esta aclaración, examinaremos el recurso de apelación.

SEGUNDO.- D^a. María Virtudes compró el día 9 de noviembre de 2012 a la concesionaria Ms Dealer Alicante S.A., un vehículo de la marca Mitshubishi, modelo ASX 4x4, matrícula LLH , por importe de 20.684,16 euros sin impuestos.

El día 23 de julio de 2015 la Sala de Competencia de la CNMC dictó Resolución en expediente NUM000 , Fabricantes de Automóviles, y sancionó a los investigados por una infracción de los artículos 101 TFUE y 1 LDC consistente en un *" cártel de intercambio de información confidencial, futura y estratégica en las áreas de gestión empresarial, postventa y marketing"* que duró entre 2004 y agosto de 2013.

Las conductas sancionadas por la CNMC se refieren al

" mercado de la distribución y comercialización de los vehículos automóviles en España por parte de las principales marcas presentes en el territorio español, es decir, la venta de vehículos automóviles nuevos y usados, recambios y accesorios, así como la prestación de los servicios de posventa realizadas por dichas marcas de automóviles en España a través de sus Redes oficiales de concesionarios, incluyendo concesionarios independientes del fabricante de la marca en cuestión y/o filiales propias de la empresa fabricante, todos ellos parte de dicha Red oficial de concesionarios de cada una de las marcas" -pag 15-

Y según la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, la infracción consistió en el

" intercambio de información confidencial comercialmente sensible, actual y futura, altamente desagregada. Los intercambios de información eran parte de un acuerdo complejo, que subsume múltiples acuerdos de intercambio de información, en ejecución de un plan preconcebido, aprovechando idéntica ocasión generada por foros específicos de comercialización y posventa, utilizando métodos y sistemas de seguimiento con la misma finalidad, desde febrero de 2006 hasta agosto de 2013. La información intercambiada entre las empresas incoadas cubría la práctica totalidad de las actividades realizadas por dichas empresas mediante su Red de concesionarios: venta de vehículos nuevos, usados, prestación de servicios de taller, reparación, mantenimiento y venta de piezas de recambios oficiales." -pag 83-

La Resolución, que subjetivamente se alza contra dieciocho filiales de fabricantes de automóviles (además de contra dos consultoras que facilitaron la infracción), atribuye a Mitshubishi su participación en el cártel con información relativa a indicadores postventa entre marzo de 2010 y agosto de 2013, siendo B&M Automóviles España S.A., en tanto distribuidora de la marca en España, la entidad sancionada.

La Sra. María Virtudes formuló demanda contra B&M Automóviles España S.A., deduciendo una acción de responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC por la realización de conductas colusorias, con fundamento



en la decisión de la Sala de Competencia de la CNMC dada el día 23 de julio de 2015, confirmada por la SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Sexta, de fecha 19 de diciembre de 2019, solicitando que se declare que la demandada es responsable de los daños y perjuicios y se le condene a pagar a la actora, como importe pagado en exceso por la compra del vehículo indicado, un 15,54%, es decir, la suma de 3.214,82 euros más los intereses correspondientes desde la fecha de la compra del mismo.

Tras la oposición de la demandada, la Sentencia de instancia ha estimado parcialmente la demanda y fija los daños por la práctica colusoria en el 10% del precio de venta del vehículo.

La demandada ha interpuesto recurso de apelación planteando, en primer término, falta de legitimación pasiva y en los subsiguientes, error en la comprensión de las características y alcance del ilícito, así como al presumir que dicho ilícito ha producido un efecto en los precios de venta de los vehículos Mitsubishi a los compradores finales y, en concreto, ha causado un sobreprecio en el presente caso, en tercer lugar, que la parte Demandante no está exenta de probar la existencia del supuesto daño, el nexo causal entre éste y la conducta y que el Tribunal de instancia, conducido por su enfoque erróneo, defiende una injustificada presunción de daño, en los motivos cuarto y quinto alega que el cálculo del daño propuesto por la parte Demandante es insostenible, al basarse en un informe pericial que sufre de graves errores y carencias, formulando alegato a favor de la validez y el rigor del contrainforme presentado por la apelante; en el motivo sexto plantea la improcedencia de la estimación judicial del daño y su formulación totalmente desconectada no sólo de las tesis propuestas por la parte demandante, de cualquier hecho, criterio o base que haya quedado probada a lo largo del proceso, en el motivo séptimo alega prescripción de la acción y en el motivo octavo sobre la improcedencia de los intereses reconocidos a favor de la actora en la Sentencia.

Antes de contestar los motivos formulados, hemos de responder a la formulación hecha en su oposición por la demandada sobre la posible extemporaneidad del recurso de apelación como causa de desestimación de la apelación formulada.

TERCERO.- Plantea la parte apelada que el recurso de apelación se presentó en fecha 7 de febrero de 2023 cuando el plazo máximo para hacerlo era hasta las 15,00 horas del día 6 de febrero de 2023, computado desde el día 9 de enero de 2023, fecha de notificación del Auto desestimatorio de la petición de aclaración/complemento. Afirma que ello es así porque la Sentencia se había notificado el día 9 de diciembre de 2022 y por tanto, cuando se solicita el complemento de la Sentencia, habían ya transcurrido dos días de los veinte hábiles para interponer el recurso de apelación.

La alegación debe ser desestimada.

Yerra la parte apelada al considerar que, a falta de prueba de efectiva recepción el día de remisión tanto de la Sentencia como luego del Auto desestimatorio de complemento, el plazo debe computar desde ese mismo día.

En efecto, cuando se trata de la remisión de un acto de comunicación por medios electrónicos y no hay constancia de que el destinatario haya accedido a su contenido, hay que esperar a que transcurran tres días hábiles, momento a partir del cual, dice el art. 162.2 LEC, se entenderá que la comunicación ha sido efectuada con plenos efectos procesales y el plazo para la interposición del recurso comienza a computarse desde el día siguiente al tercero, todos ellos hábiles.

Solo en el caso de que se hubiera accedido al contenido el día de su remisión o durante los tres días hábiles posteriores, la notificación se entendería realizada al día siguiente de dicho acceso; por lo que, si se accede el día tercero, la notificación se entiende realizada el cuarto día hábil y los plazos comienzan a computar desde el quinto.

En el caso, confunde la parte la remisión con la notificación. De hecho, en el encabezamiento del recurso de apelación el recurrente hace constar que la notificación de la Sentencia tuvo lugar el día 12 de diciembre de 2022, es decir, en el tercero de los días previstos en la LEC.

No dudamos que el procurador que representa a la parte apelada accediera a la notificación de la Sentencia -y luego del Auto- el mismo día de la remisión -9 de enero 2023-. Pero lo que no puede afirmar es que también el procurador de la demandada/apelante accediera el mismo día. De hecho, no hay constancia del día de acceso y en absoluto podemos negar veracidad a la fecha de notificación de la Sentencia.

En consecuencia, tenemos que presumir que la notificación de la Sentencia se produjo el día 12 de diciembre de 2022 y no el día 9 y, por tanto, que produjo sus efectos a partir del día cuarto de remisión. Si al día siguiente presenta complemento, solo es un día el que restaba de los veinte hábiles para el recurso de apelación y teniendo en cuenta además que la remisión del Auto se produce el día 9 de enero de 2023, sin que conste que se notificara el mismo día, cuando menos el cómputo no puede hacerse sino desde el día el día 13 de enero



de 2023 y, consecuentemente, cuando se interpone el recurso de apelación el día 7 de febrero, no está fuera de plazo, por lo que estima la oposición.

Desestimada por tanto la alegación, examinaremos los motivos formulados en su escrito de apelación por B&M.

CUARTO.- Plantea en primer lugar falta de legitimación pasiva.

Alega la parte recurrente error en la Sentencia al considerar que la demandada ha intervenido en todas las conductas subsumidas en la infracción a la que se refiere la CNMC, cuando en realidad solo ha intervenido en la conducta relativa al intercambio de información sobre postventa durante un periodo de tiempo muy corto.

Que la relevancia de la identificación de la concreta conducta imputada al demandado radica en que el intercambio de información sobre postventa no tiene relación ninguna con la venta de los vehículos, en cuyo marco (sobrecoste en la adquisición de vehículo) se formula la reclamación indemnizatoria porque la demandada no participa, en lo que hace a la conducta anticompetitiva, en las conductas vinculadas con la venta de vehículos.

Por tanto, concluye, no hay relación entre la conducta sancionada y el daño solicitado pues como resulta de la resolución CNMC los acuerdos de intercambio lo eran de información y no de precios. B&M solo participó en uno de los tres intercambios de información, el relativo a los servicios y actividades de postventa. Sin embargo, la Sentencia ignora tales circunstancias y condena a la demandada por conductas sancionadas en las que no participó obviando que su falta de relación con la conducta imputada implica falta de legitimación pasiva de la demandada.

Posición del Tribunal.

El planteamiento que formula el demandado en su motivo está vinculado a la conducta por la que está sancionado y la relación de la misma -ninguna según afirma- con el precio de venta del vehículo.

En efecto, sustenta su alegato de falta de legitimación pasiva en la concreta tipología de conducta por la que está sancionado en la resolución de la que trae causa la acción follow-on deducida en la demanda y su nula relación causal con la producción del daño.

Sin duda ninguna tiene objetiva razón el recurrente cuando delimita la concreta conducta por la que resulta sancionado. La resolución le declara responsable de la infracción

" por su participación en el cártel de intercambio de información confidencial, futura y estratégica en el área de postventa desde marzo de 2010 hasta agosto de 2013".

Pero yerra al considerar en base a tal declaración que carece de legitimación pasiva respecto de la pretensión indemnizatoria deducida en la demanda.

Y es que lo que aduce como argumento de la alegación de falta de legitimación pasiva no es, en términos de legitimación, la falta ausencia de carácter para ser demandado sino, en realidad, ausencia de un elemento estructural de la acción de responsabilidad extracontractual deducida en la demanda.

La legitimación ad causam, dice la STS 3030/2021, de 15 de junio,

" consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito, que determina una aptitud o idoneidad para ser parte procesal pasiva(...)Supone una coherencia entre la cualidad atribuida y las consecuencias jurídicas pretendidas; por lo que ha de atenderse al contenido de la relación jurídica invocada por la parte actora."

Y concluye,

" La relación jurídica sobre la que la parte actora plantea el proceso, con independencia de su resultado, es la que determina quiénes están legitimadas, activa y pasivamente, para intervenir en el mismo.(...)En consecuencia, su determinación obliga a establecer si, efectivamente, guarda coherencia jurídica la posición subjetiva que se invoca en relación con las peticiones que se deducen (STS 7-11-2005), lo que exige atender al contenido de la relación jurídica concreta, pues será ésta, sobre la que la parte actora plantea el proceso, con independencia de su resultado, la que determine quiénes son las partes legitimadas, activa y pasivamente".

En el presente caso, la demanda se sustenta en una resolución sancionatoria por colusión competitiva y dicha resolución, donde la demandada es sancionada, afirma -FJ 4.6- que todas las empresas,

" llevaron a cabo una infracción única y continuada consistente en una práctica prohibida por el artículo 1 de la LCD y el artículo 101 TFUE ", añadiendo -pag 62 in fine y 63-

restando relevancia a tal efecto a la concreta actividad desempeñada al señalar que la



"diferenciación en la participación, así como las fechas individualizadas de inicio y finalización de la conducta, en los casos en lo que no son coincidentes, debe tener su concreción en la delimitación de la responsabilidad de cada una de las incoadas, pero no afecta al carácter continuado y único de la infracción".

En este sentido se pronuncia además la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo -secc 6ª- de la Audiencia Nacional de fecha 19 de diciembre de 2019 al confirmar respecto de la apelante la resolución de la CNMC, señalando en particular que también B&M desarrolló una conducta

"perfectamente subsumible en el artículo 1 de la Ley 15/2007 por cuanto varias empresas actuaron con un plan preconcebido, único y homogéneo de actuación conjunta participando en un intercambio de información de datos estratégicos, futuros y confidenciales de las empresas que permitía conocer con precisión y fiabilidad las estrategias ya implementadas o futuras, así como la política comercial de las marcas con sus redes oficiales de distribución en relación con las actividades de venta y postventa eliminando así los riesgos derivados de la gestión de las redes de distribución selectiva de cada una de las marcas participantes."

En consecuencia, cuando se deduce una acción follow-on en base a la resolución que nos ocupa, la legitimación de la demandada está plenamente justificada en el hecho de ser responsable, por la parte que se le imputa, de la infracción que se sanciona como una única conducta colusoria, calificación unitaria que es relevante solo a sea a los efectos de examina, como cuestión que no puede eludirse con un alegato que impida su valoración, una posible responsabilidad solidaria en el contexto de la infracción unitaria.

Por tanto, cuando alega la demandada que la conducta en particular que se le atribuye no permite concluir que determinara una variación precios en la venta de automóviles, por más que tal argumento sea pertinente, lo es no en el perímetro de la legitimación pasiva sino en el de los presupuestos de la responsabilidad, y bajo el prisma de la apreciación, en su caso, de la responsabilidad solidaria que pudiera predicarse respecto del demandando es que debe ser examinado.

Procede en consecuencia, desestimar el motivo.

QUINTO.- Plantea seguidamente B&M en su apelación, como motivos segundo y tercero, dos cuestiones íntimamente ligadas, a saber, sobre la comprensión, características y alcance del ilícito sancionado por la CNMC, valoración que entiende es errónea en el caso de la Sentencia de instancia al presumir que dicho ilícito ha producido un efecto en los precios de venta de los vehículos Mitsubishi a los compradores finales y, en concreto, que haya causado un sobreprecio en el presente caso, planteando en el motivo tercero que la parte Demandante no está exenta de probar la existencia del supuesto daño, el nexo causal entre éste y la conducta no siendo aceptable la presunción de daño a la que acude el Tribunal de instancia.

Posición del Tribunal.

Conviene concretar, con referencia al planteamiento inicial del motivo tercero, que el caso ha de examinarse bajo el prisma del art. 1902 CC pues la conducta infractora de las normas de competencia que da lugar a la acción de reclamación de daños ejercitada en la demanda ha tenido lugar con anterioridad a la promulgación de la Directiva 2014/104/UE y no es dable aplicar la normativa de carácter sustantivo de dicha Directiva ni de su norma de transposición al Derecho español, el Real Decreto Ley 9/2017 (que modificó la Ley 15/2007, de Defensa de la competencia).

Dice con relación a ello el Tribunal Supremo -Sentencia 946/2023, de 14 de junio- que

"la irretroactividad de la nueva normativa sustantiva está recogida tanto en el art. 22 de la Directiva como en la disposición transitoria primera del RDL 9/2017 . Razón por la que la jurisprudencia comunitaria (STJUE de 22 de junio de 2022, C-267/20) ha precisado que la previsión del art. 17.2 de la Directiva 2014/104 es una norma sustantiva que no puede aplicarse a un cártel como el de los camiones, que finalizó antes de que expirara el plazo de transposición de esa regulación comunitaria al Derecho interno (27 de diciembre de 2016). Asimismo, la irretroactividad de las normas sustantivas de la Directiva 2014/104/UE impide que el art. 1902 CC pueda ser aplicado a hechos anteriores a la fecha de su transposición mediante una interpretación conforme con la Directiva.

3.Como consecuencia de lo expuesto, dado que los hechos en que se basa la demanda son anteriores a la Directiva 2014/104/UE , no es posible interpretar el derecho nacional conforme a dicha Directiva, sino que habrá que aplicar el art. 1902 CC conforme a la interpretación que de dicho precepto nacional, en relación con los daños producidos por conductas infractoras de la competencia, ha realizado la jurisprudencia (básicamente, sentencia 651/2013, de 7 de noviembre), en concordancia con las previsiones contenidas en el art. 101 TFUE , que considera ilícitos los acuerdos colusorios, y en el art. 16 del Reglamento (CE) 1/2003 , que obliga a la aplicación uniforme de la normativa comunitaria de la competencia y a que los tribunales tengan presente el sentido de las Decisiones adoptadas por la Comisión Europea." .

Aclarado el contexto normativo de referencia, examinaremos la motivación del apelante en los motivos que nos ocupan.

Lo que plantea en esencia el apelante es la necesidad de valorar la conducta que en concreto se ha imputado a la demandada con relación al daño que se dice causado a la demandante como base de su reclamación indemnizatoria.

Sin duda tal alegación es relevante al caso, ya que en las reclamaciones antitrust consecutivas (follow-on), los hechos probados que conducen a la declaración de la infracción por la autoridad de competencia constituyen la base fáctica a partir del cual cabe elaborar la pretensión indemnizatoria.

Así lo explicaba ya el Tribunal Supremo en su Sentencia sobre daños por el cártel del azúcar que ahora, en relación con el cártel de camiones, reitera, habiendo señalado ha dicho el TS -S 946/2023, de 14 de junio- que *" al ejercitarse en este procedimiento una acción followon de indemnización de los daños y perjuicios eventualmente producidos en el patrimonio del demandante por el cártel ya declarado y sancionado por la Decisión de la Comisión, hemos de partir necesariamente del examen del contenido y alcance de esta Decisión."*

En suma, es la declaración de antijuridicidad dado por la autoridad de competencia la que proporciona el sustrato fáctico desde el que identificar el daño cuya indemnización se pretende.

La cuestión es más compleja cuando, como es el caso que nos ocupa, la resolución efectúa la declaración de infracción "única y continuada" no obstante distinguirse una multiplicidad de comportamientos porque, cuando ello ocurre, es preciso efectuar un análisis detallado para determinar si es posible una delimitación fáctica de comportamientos considerados autónomos en el sentido de que no estén asociados o puedan vincularse a conductas de otros los otros responsables, pues solo así es posible deslindar la concreta participación atribuida al responsable demandado y a partir de ello, individualizar la causalidad del daño y la responsabilidad o grado de imputación subjetiva atribuible al demandado.

La delimitación fáctica en el sentido expuesto queda explicada porque cuando se trata de examinar una acción indemnizatoria, son los presupuestos propios del derecho de daños lo que obligan a examinar la conducta del infractor más allá de lo que implica su participación en la infracción anticompetitiva a los efectos de la sanción administrativa, y ello en tanto que la conducta anticompetitiva nace en el contexto general de un acuerdo colusorio que, por su objeto, como es el caso, puede tener distintos ámbitos que formando parte de un acuerdo global no necesariamente tiene porqué suponer interconexión fáctica entre tales ámbitos, siendo así que en el caso de una acción indemnizatoria por efecto del acuerdo colusorio, el daño tiene que derivarse de la conducta antijurídica atribuida al infractor -imputación subjetiva- lo que implica que ha de ser apta para producir daño, ser causal de la conducta imputada al demandado y respecto del daño cuyo resarcimiento se pretende.

Es preciso por ello efectuar el examen de tales aspectos.

SEXTO.- La resolución de julio de 2015 CNMC ha declarado que las conductas sancionadas constituyen una "infracción única y continuada" y, mediante diversas resoluciones, tanto del Tribunal Supremo como de la Audiencia Nacional, tal apreciación ha quedado ratificada, confirmándose la práctica totalidad de sanciones impuestas.

Sin embargo, desde un punto de vista fáctico, la resolución individualiza conductas diversas respecto de diferentes partícipes y las circunscribe en atención a su naturaleza y también, atendiendo a los efectos que han tenido sobre el mercado.

Pues bien, un análisis de la resolución, de los hechos y de su individualización, nos lleva a la conclusión que no es posible considerar que todas las co-infractoras en el cártel de los automóviles deban responder de forma conjunta y solidaria por los daños causados por todas las conductas infractoras, caso de acreditarse éstos.

El primer aspecto que condiciona la individualización de conductas que son distintas en naturaleza y, por tanto, en sus efectos sobre el mercado, es el relativo a la posible responsabilidad solidaria en la producción de un eventual daño porque, entre otras razones, las víctimas de las conductas pueden ser distintas entre sí. Valga de ejemplo la diversidad de afectados por el falseamiento de un mercado de venta de vehículos con respecto del mercado de postventa (piezas de recambio y taller).

En el caso del cártel de los automóviles relativo a la distribución mayorista de automóviles y actividades de postventa, la "infracción única y continuada" cometida con el intercambio de información entre empresas competidoras, consistió en intercambios de información sensible de tres tipos de ámbitos que afectaban a diferentes mercados o dimensiones del mercado de automóviles, a saber, gestión empresarial, postventa y marketing.



Los intercambios de información tenían un objeto común consistente en restringir la competencia en los distintos mercados en los que operan los fabricantes de automóviles. " *Acuerdo complejo, en el que se subsumen múltiples acuerdos de intercambio de información comercialmente sensible*" y estos "intercambios de información se realizaron no como conductas autónomas sino de forma conectada entre sí, en términos de objetivos, partícipes, métodos y operativa empleada, al objeto común de eliminar la incertidumbre con respecto a resultados, actuaciones y estrategia de la política comercial y de posventa de las marcas participantes en el cártel" dice la resolución, pero la naturaleza y el tipo de la información compartida entre ellos hace que la colusión tuviera incidencia -y el potencial daño se produjera- a través de las transacciones que tuvieron lugar en distintos mercados y en diferentes períodos de tiempo.

Consecuentemente, la determinación del perímetro de la responsabilidad solidaria por los daños eventualmente causados por este cártel debe realizarse teniendo en cuenta si existen hechos individualizados que, por su desconexión esencial, no cabe entender que puedan ser generadores de solidaridad.

En el caso del cártel que examinamos, los fabricantes del conocido como club de marcas que llevaron a cabo un intercambio de información sobre cuestiones diversas de gestión empresarial respecto de las relaciones de los fabricantes con los concesionarios, participaron mayoritariamente en los tres foros de intercambio pero otros, cuatro en particular, lo hicieron solo en uno de esos foros, lo que es sin duda significativo, especialmente si tenemos en cuenta que el intercambio de información sobre posventa incide sobre un mercado diferente de los otros dos, distribución y marketing, de tal manera que debe diferenciarse a los co-infractores que sólo participaron en los intercambios de información sobre servicios de posventa, en relación con el mantenimiento, los repuestos y recambios de piezas originales de automóviles, debiéndose además tener en cuenta que esta actividad se ciñó a un periodo temporal distinto que el apreciado en los otros dos escenarios.

Dice la resolución de la CNMC cuando analiza el incentivo de las marcas para compartir la información relativos al mercado postventa que (pag 74)

" a través del intercambio de información se procurara la reducción de la incertidumbre mediante la atenuación de las diferencias de estrategia entre unas marcas y otras en el mercado de postventa"

Es por ello que entendemos que dado que B&M (al igual que Mercedes y Porsche) sólo participó en los intercambios de información sobre los servicios "postventa", y tratándose de una conducta individualizable respecto al resto de los intercambios de información incluidos en el cártel, no es apreciable relación de causalidad entre esa conducta infractora y el daño por sobreprecio en la venta de un vehículo por la concesionaria, pues no podemos concluir racionalmente que aquella conducta no fuera inocua para la fijación de precios del mercado de vehículos nuevos tanto más cuando no se deduce de prueba alguna que el efecto anticompetitivo de la circularización de la información, fuera el incremento de precios pues la pérdida de autonomía que la información conllevaba tanto podía suponer una regularización de precios negativas para el consumidor como positivas, si de lo que trataba era de homogeneizar la oferta.

Es verdad que el intercambio de información sobre precios es considerado por la Comisión como una distorsión de la competencia e incluso causa muy probable de una elevación de precios (apartado 73 de la Comunicación de la Comisión sobre Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal). Pero la Resolución de la CNMC circunscribe la conducta de cada una de empresas involucradas en el cártel y atribuye a B&M un mero intercambio de información sobre los servicios postventa y por tanto, a lo más, cabría presumir un aumento de precios en este servicio postventa pero no respecto del mercado de venta de vehículos.

Es cierto que los servicios postventa no son autónomos del mercado de distribución y venta de automóviles porque, entre las condiciones que las fabricantes imponen a sus distribuidores y para las concesionarias, en el marco de un mercado de distribución selectiva, es el servicio postventa (recambios y taller). De hecho, la propia resolución apunta a ello en su página 20, donde dice que

" El cliente final de la venta de un vehículo nuevo o usado se fideliza gracias a las políticas comerciales de posventa. Las marcas son directas competidoras por ganar a los clientes finales de sus Redes de concesionarios, que no sólo adquirirán un automóvil de una marca, sino que recibirán servicios de posventa por los talleres pertenecientes a dicha Red, existiendo una integración estratégica total entre las actividades comerciales de venta y posventa.(...) Un buen servicio de posventa contribuye muy positivamente al índice de recompra de vehículos de la marca por parte de los clientes, puesto que un usuario de un vehículo de una determinada marca que está satisfecho con el servicio posventa que recibe es más probable que vuelva a comprar un vehículo de la misma marca y, por tanto, deviene un cliente más fiel y más rentable. En el contexto de la crisis económica, las políticas comerciales de las marcas de automóviles se han orientado hacia los servicios de posventa dado que la evolución de los ingresos derivados de la posventa presenta un componente anticíclico que compensa la caída de ingresos por las menores ventas"



Pero la vinculación a los efectos de la prestación de un servicio global al cliente en absoluto implica que, desde el punto de vista de la explotación comercial, sea dable contemplar un grado de autonomía suficiente entre el precio de venta de un vehículo y la de los servicios postventa.

Es por ello que no podemos afirmar, a falta de prueba por la parte demandante, cuyo informe pericial ni examina la concreta participación de B&M en el acto antijurídico y su relación con un supuesto sobrecoste en la compra de un vehículo a una concesionaria ni, en realidad, justifica con un mínimo de rigor técnico en modo alguno la existencia del sobrecoste que imputa a B&M, que una coordinación de los servicios postventa, como es el caso de Mitsubishi, implique un incremento de precios de vehículos por sus concesionarios tanto más cuando por lo que hace a la participación de B&M en la conducta sancionada fue de tres años y su objeto fue siempre, y únicamente, la de intercambios de información sobre los servicios postventa.

No hay en ninguno de los hechos por los que se sanciona a B&M datos para presumir que los mismos causaran daño por incremento de precios ni, desde luego, relación causal con la conducta sancionada, no encontrando dato alguno del que deducir que aquella información pudiera tener un impacto negativo sobre los precios del caso concreto.

Sobre tales premisas resulta imposible afirmar que se dan los presupuestos para la aplicación del art. 1902 CC, pues más allá de la posible presunción del daño por sobre coste en la compra de un vehículo, cuando los hechos que se imputan están desconectados de los que, conforme a la pretensión deducida, pueden ser origen de un daño -mercado de venta de vehículos-, la conclusión es la falta toda relación de causalidad.

Ni siquiera desde la perspectiva de un caso de responsabilidad solidaria es dable establecer tal causalidad pues, como hemos explicado con anterioridad, plantear que la responsabilidad de B&M podría derivar de su solidaridad en la responsabilidad con los autores de otros círculos de conductas imputadas en la misma resolución, que cuando menos de forma indirecta sí están vinculadas a la fijación de los precios de vehículos, como es el caso del club de marcas, resulta imposible para apreciar tal responsabilidad atendidas las conductas imputadas a la marca que no guardan conexión entre sí.

Es verdad que, como hemos visto, la resolución afirma que la infracción es única y continuada. Pero añade a continuación que la *"diferenciación en la participación, así como las fechas individualizadas de inicio y finalización de la conducta, en los casos en lo que no son coincidentes, debe tener su concreción en la delimitación de la responsabilidad de cada una de las incoadas, pero no afecta al carácter continuado y único de la infracción"*.

Consecuentemente, aunque hay un sustrato común a la infracción del artículo 101 TFUE/ 1 LDC, que se ha producido una conducta anticompetitiva ilícita, no hay en este caso, una concurrencia causal única, pues ha sido posible individualizar los respectivos comportamientos, y establecer las distintas responsabilidades.

Es por tales razones que, estimando el segundo y tercero de los motivos formulados, debemos considerar que no se dan los presupuestos de la acción indemnizatoria pues ni por la naturaleza de la infracción imputada a la demandada - postventa- ni por su duración -tres años- es dable considerar que la misma pudiera influir en los precios de venta del mercado de coches nuevos y, en consecuencia, no cabe sino estimar el recurso y revocar la Sentencia de instancia.

SÉPTIMO.- En cuanto a las costas de esta alzada, habiéndose estimado el recurso de apelación, no procede hacer expresa imposición de las mismas a la entidad apelante - art 398 LEC-.

OCTAVO.- En cuanto al depósito para recurrir, habiéndose estimado el recurso de apelación, procede acordar su devolución al apelante - DA 15ª nº 8 LOPJ-.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español.

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación entablado por la parte demandada, la mercantil B&M Automóviles España S.A., representada en este Tribunal por el Procurador Dª. Esther Pérez Hernández, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número cuatro de los de Alicante en fecha 5 de diciembre de 2022, debemos revocar y revocamos en parte dicha resolución y en su virtud, desestimando la demanda, debemos absolver y absolvemos al demandado de las pretensiones económicas frente a él deducidas en la demanda, confirmando el resto de pronunciamientos; y sin expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Se acuerda la devolución del depósito hecho por la demandada recurrente.



Esta Sentencia no es firme en derecho y, consecuentemente, cabe en su caso interponer contra la misma, conforme a lo dispuesto en los artículos 468 y siguientes, y 477 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, recurso extraordinario por infracción procesal y/o recurso de casación, recursos que deberán interponerse dentro de los veinte días siguientes a la notificación de esta resolución previa constitución de depósito para recurrir por importe de 50 euros por recurso que se ingresará en la Cuenta de Consignaciones de esta Sección 8ª abierta en la entidad Banco de Santander, indicando en el campo "Concepto" del documento resguardo de ingreso, que es un "Recurso", advirtiéndose que sin la acreditación de constitución del depósito indicado no será admitido (LO 1/2009, de 3 noviembre) el recurso.

Notifíquese esta Sentencia en forma legal y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otra al Rollo de apelación.

Así, por esta nuestra Sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día ha sido leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr. Ponente que la suscribe, hallándose la Sala celebrando Audiencia Pública. Doy fe.-

FONDO DOCUMENTAL CEJUDOS