



WWW.CONSULTORESTECNICOS.ES

Roj: **SAP M 11315/2023 - ECLI:ES:APM:2023:11315**

Id Cendoj: **28079370322023100019**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **32**

Fecha: **07/07/2023**

Nº de Recurso: **37/2023**

Nº de Resolución: **19/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ALBERTO ARRIBAS HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Trigesimosegunda

c/ Santiago de Compostela, 100, 5ª planta - 28035

Tfno.: 914383466,914383590

Fax: 911911411

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2022/0089628

Recurso de Apelación 37/2023

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 05 de Madrid

Autos de Juicio Verbal 152/2022

Parte recurrente: "BMW IBÉRICA, S.A.U."

Procurador: Don Ramón Rodríguez Nogueira.

Letrado: Don Antonio Fabregat Marianini.

Parte recurrida: DON Jose Ángel

Procurador: Don Víctor Enrique Mardomingo Herrero.

Letrada: Doña Cristina Díaz García.

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. ENRIQUE GARCÍA

D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ

Dª MERCEDES CURTO POLO

SENTENCIA N° 19/2023

En Madrid, a siete de julio de dos mil veintitrés.

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Trigésimo Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en Propiedad Industrial, Propiedad Intelectual, Publicidad y Competencia, integrada por los ilustrísimos señores magistrados antes relacionados, ha visto el recurso de apelación, bajo el núm. de rollo 37/23, interpuesto contra la sentencia de fecha 25 de octubre de 2022, dictada en el juicio verbal nº 152/22, seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid.

Han sido partes en el recurso, como apelante, la entidad "BMW IBÉRICA, S.A.U."; y, como apelado, **DON Jose Ángel**, ambas partes defendidas y representadas por los profesionales antes relacionados.

Es magistrado ponente don Alberto Arribas Hernández, que expresa el parecer de la Sala

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada por la representación de la mercantil "BMW IBÉRICA, S.A.U." contra don Jose Ángel , en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba que se dictara sentencia por la que:

"... declare:

a. La responsabilidad de **BMW** por los daños causados a **DON Jose Ángel** como consecuencia de su relación con el conocido como "cartel de coches" en la compraventa del Vehículo Marca BMW.

b. Consecuencia de lo anterior se condene al pago de la indemnización derivada del sobrecoste en la cantidad de **3.367,51€**.

c. Igualmente se condene al pago de los Intereses, desde la fecha de adquisición del Vehículo y a las costas procesales."

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid, con fecha 25 de octubre de 2022, dictó sentencia cuya parte dispositiva establece:

"Que, Estimo parcialmente la demanda promovida por la representación procesal de Jose Ángel contra BMW España SL y condeno a esta al pago al actor la cantidad de 1.195 euros, más los intereses legales desde la adquisición del vehículo hasta la sentencia. Desde la sentencia se procede conforme 576 LEC.

Sin expresa imposición de las costas."

TERCERO.- Notificada dicha resolución a las partes, la demandada interpuso recurso de apelación, al que una vez admitido, no se opuso la parte actora. Tramitado el recurso en legal forma, se elevaron las actuaciones a la Audiencia Provincial, siendo turnadas a esta sección, lo que ha dado lugar a la formación del presente rollo, que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase, señalándose para su deliberación y votación el día 6 de julio de 2023.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En virtud de la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 23 de julio de 2015, publicada en su página web el 15 de septiembre de 2015, la entidad "BMW IBÉRICA, S.A.U." fue sancionada, entre otras y en lo que ahora interesa, como empresa distribuidora de los automóviles de la marca BMW en España, por su participación en el cártel de intercambio de información confidencial, futura y estratégica en las áreas de gestión empresarial, posventa y marketing, desde junio de 2008 hasta agosto de 2013.

La parte actora, don Jose Ángel , presentó demanda contra la mercantil "BMW IBÉRICA, S.A.U.", al considerar que habían sufrido sobreprecio con ocasión de la adquisición en el año 2008 del vehículo BMW 118D, matrícula SVL , por importe de 23.900 euros (IVA incluido).

Aunque no se explica en la demanda con la exigible claridad, el tribunal deduce, tras los cálculos oportunos, que el demandante considera que ha sufrido un sobreprecio de un 14,09% y fija los daños y perjuicios en la cantidad total de 3367,51 euros (14,09% del precio de compra incluido el IVA), todo ello conforme a la pericial aportada con la demanda, elaborada por los economistas Sres. Abilio , Adriano , Amador , Arcadio , Arsenio , y Sra. Felicísima . La parte actora también reclama los intereses legales o desde la adquisición del vehículo.

La demandante no ha considerado oportuno explicar por qué aplica el porcentaje calculado de sobreprecio (14,09%) al precio supuestamente cartelizado ni por qué lo hace sobre el precio de compra más IVA (23.900 euros).

La sentencia dictada en primera instancia tras desestimar la excepción de prescripción invocada por la parte demandada, acoge parcialmente la demanda al estimar el daño en la suma de 1195 euros (5% del precio de compra), más los intereses legales desde la fecha de adquisición del vehículo, todo ello tras rechazar el informe pericial de la parte demandada y el de la actora, admitiendo, no obstante, conforme a los criterios de la sección 28ª de esta Audiencia Provincial, que la demandante, al memos, ha realizado el esfuerzo probatorio suficiente para que el juez acuda a la estimación judicial del daño.



Frente la sentencia recaída en la instancia precedente se alza la parte demandada para que se desestime la demanda sobre la base de las siguientes alegaciones: a) infracción del artículo 1902 del Código Civil al apreciar indebidamente la sentencia el nexo causal entre el supuesto daño y la conducta sancionada que se imputa a la demandada, así como del régimen de la solidaridad impropia; b) errónea valoración de la prueba respecto de la existencia del daño; c) errónea valoración de la prueba pericial de la parte demandada e indebida estimación judicial el daño; y d) prescripción de la acción ejercitada.

La parte actora no ha recurrido la sentencia ni ha presentado escrito de oposición al recurso ni de impugnación de la sentencia.

SEGUNDO.- La parte demandada en la primera de las alegaciones del recurso de apelación imputa a la sentencia recaída en la instancia precedente la infracción del artículo 1902 del Código Civil al apreciar indebidamente el nexo causal entre el supuesto daño y la conducta sancionada que se imputa a la demandada, así como la indebida aplicación del régimen de la solidaridad impropia.

Para la resolución del recurso de apelación debemos partir de los siguientes hechos probados declarados en la instancia precedente y que no son discutidos en esta alzada:

1.- Don Jose Ángel compró el vehículo BMW 118D, matrícula SVL al concesionario "INDUSTRIAS DEL AUTOMÓVIL, S.A." (INAUTO) el día 30 de junio de 2008, por importe de 23.900 euros (IVA incluido). El vehículo había sido vendido por la demandada al concesionario en abril de 2008 y figura matriculado desde el 28 de abril de 2008.

2.- La resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 23 de julio de 2015, publicada en su página web el 15 de septiembre de 2015, declara la existencia de una infracción única y continuada consistente en una práctica prohibida por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

La infracción está constituida por el intercambio de información 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.

3.- Concretamente, la infracción estaba integrada por:

3.1. 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 febrero de 2006 hasta julio de 2013 (Club de marcas).

3.2. Intercambios de información comercialmente sensible, sobre sus servicios y actividades de posventa, así como respecto a sus actividades de marketing en España desde marzo de 2010 hasta, al menos, agosto de 2013 (Foro de posventa).

3.3. Intercambios de información comercialmente sensible relativa a las condiciones de las políticas y estrategias comerciales actuales y futuras con respecto al marketing de posventa, campañas de marketing al cliente final, programas de fidelización de clientes, las políticas adoptadas en relación con el canal de Venta Externa y las Mejores Prácticas a adoptar por cada una de las citadas marcas, con ocasión de las denominadas "Jornadas de Constructores", desde abril de 2010 a marzo de 2011.

4.- A la entidad demandada "BMW IBÉRICA, S.A.U." se la declara responsable como empresa distribuidora de los automóviles de la marca BMW en España, por su participación en los intercambios de información con competidoras en el ámbito del Club de marcas desde junio de 2008 hasta noviembre de 2009, en el Foro de Posventa desde marzo de 2010 hasta agosto de 2013 y en las Jornadas de Constructores desde abril de 2010 hasta marzo de 2011.

5.- La sentencia de la sección sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de diciembre de 2019 desestimó el recurso interpuesto por "BMW IBÉRICA, S.A.U." contra la resolución de la CNMC de 23 de julio de 2015 y la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2021 desestimó el recurso de casación interpuesto por la aquí demandada contra la anterior sentencia.



La sentencia apelada aprecia la responsabilidad de la demandada en virtud del principio de responsabilidad solidaria impropia pese a que el vehículo fue vendido por la demandada al concesionario en abril de 2008, esto es, con anterioridad al inicio de su participación en el cartel, lo que tuvo lugar en junio de 2008.

Considera el juzgador de la instancia precedente que, en virtud de la responsabilidad solidaria impropia, el perjudicado puede dirigirse contra cualquiera de las empresas participantes en la conducta anticompetitiva siempre que los hechos se hayan producido dentro del espacio temporal de actuación del cartel.

En el caso enjuiciado, como la venta del vehículo por la demandada al concesionario tuvo lugar en abril 2008 y, en consecuencia, dentro del período en el que otros fabricantes sancionados desarrollaron la conducta anticompetitiva entre febrero de 2006 y agosto de 2013 y, concretamente, respecto del intercambio de información en el Club de Marcas, entre febrero de 2006 y julio de 2013, la entidad demandada es responsable de los eventuales daños causados al actor aunque esa venta esté fuera del período de participación de la demandada en la conducta anticompetitiva que no se inició hasta junio de 2008.

No compartimos el criterio de la sentencia apelada.

El artículo 73 de la Ley de Defensa de la Competencia en su redacción dada por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo -por el que se transpone, en lo que ahora interesa, 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- ha positivizado la doctrina jurisprudencia de la solidaridad impropia, al establecer que las empresas y las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas, que hubieran infringido de forma conjunta el Derecho de la competencia serán solidariamente responsables del pleno resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la infracción.

Aunque la norma no es aplicable al supuesto de autos por razones temporales (disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 9/2017 y artículo 22.1 de la Directiva 2014/104), sí lo es la doctrina jurisprudencial de referencia.

Como ya expuso esta Audiencia Provincial en la sentencia nº 64/2020, de 3 de febrero de 2020, dictada por la sección 28ª, que hacemos nuestra, las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2016 y 14 de marzo de 2019, reiteran la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia de Pleno de 14 de mayo de 2003, con cita de las anteriores de 21 de octubre de 2002, y 23 de junio de 1993, conforme a la cual se reconoce: *"junto a la denominada "solidaridad propia", regulada en nuestro Código Civil (artículos 1.137 y siguientes) que viene impuesta, con carácter predeterminado, ex voluntate o ex lege otra modalidad de la solidaridad, llamada impropia u obligaciones in solidum que dimana de la naturaleza del ilícito y de la pluralidad de sujetos que hayan concurrido a su producción, y que surge cuando no resulta posible individualizar las respectivas responsabilidades, sin que a esta última especie de solidaridad le sean aplicables todas las reglas previstas para la solidaridad propia y, en especial, no cabe que se tome en consideración el artículo 1974 del Código Civil, en su párrafo primero; precepto que únicamente contempla efecto interruptivo en el supuesto de las obligaciones solidarias en sentido propio cuando tal carácter deriva de norma legal o pacto convencional, sin que pueda extenderse al ámbito de la solidaridad impropia, como es la derivada de responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente..."*.

Añaden las referidas sentencias, con cita de las de 6 junio 2006 y 28 mayo y 19 de octubre de 2007 y 19 de noviembre 2010, que la solidaridad impropia no nace sino de la sentencia.

La denominada jurisprudencialmente solidaridad impropia, que no debe confundirse con los supuestos de obligaciones solidarias, surge cuando no es posible individualizar los respectivos comportamientos ni establecer las distintas responsabilidades, con la consecuencia de atribuir a los perjudicados el *ius electionis* y el *ius variandi* propio de las obligaciones solidarias, de modo que el perjudicado puede dirigirse contra cualquiera de los responsables, como deudor por entero de la obligación de reparar en su integridad el daño causado, y de que promovida la demanda contra alguno o algunos de los responsables solidarios, puede luego el acreedor, mientras no sea satisfecho, dirigirse contra los demás, sin que sea de aplicación *in totum* el régimen de las obligaciones solidarias.

Ahora bien, el eventual daño causado al demandante como consecuencia de la compra del vehículo, si es que ha existido, no es imputable a la demandada en tanto que vendió el vehículo al concesionario antes del inicio de su conducta anticompetitiva.

La demandada vendió el vehículo al concesionario en abril de 2008 y no comenzó a participar en el cartel hasta junio de 2008.



En estas circunstancias, no cabe imputar responsabilidad alguna a la demandada, pues de haber sufrido algún daño, lo que parece más que dudoso, en ningún caso sería imputable a la demandada al no iniciar su participación en el cártel hasta dos meses después de la referida venta al concesionario.

En similar sentido, sentencia nº 62/20 de la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, cuando indica que el daño del que responde una entidad que participa en un cartel solo puede extenderse al periodo en el que participó en el cártel.

Los razonamientos anteriores determinan, sin necesidad de examinar el resto de las alegaciones efectuadas por la demandada, la estimación del recurso de apelación y la desestimación de la demanda.

TERCERO.- La estimación del recurso de apelación con desestimación de la demanda, determina la condena a la parte actora al pago de las costas ocasionadas en primera instancia de conformidad con el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

CUARTO.- La estimación del recurso de apelación justifica que no se efectúe expresa imposición de las costas procesales causadas con el mismo de conformidad con el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLO

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

- 1.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por el procurador don Ramón Rodríguez Nogueira en nombre y representación de la entidad "**BMW IBÉRICA, S.A.U.**" contra la sentencia dictada con fecha 25 de octubre 2022 por el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid, en el juicio verbal nº 152/22 del que este rollo dimana.
- 2.- Revocar dicha resolución y, en su lugar, desestimamos la demanda formulada por **DON Jose Ángel**, representado por el procurador don Víctor Enrique Mardomingo Herrero contra la entidad "**BMW IBÉRICA, S.A.U.**", a la que absolvemos de todos los pedimentos de la demanda, con expresa imposición a la actora de las costas causadas en primera instancia.
- 3.- No efectuar expresa imposición de las costas originadas con el recurso de apelación.

De conformidad con lo establecido en el apartado ocho de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, procédase a la devolución al apelante del depósito consignado para recurrir y se acuerda la pérdida del depósito consignado, en su caso, para la impugnación de la sentencia.

Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilustrísimos señores magistrados integrantes de este Tribunal.