



Roj: **SJM IB 3027/2023 - ECLI:ES:JMIB:2023:3027**

Id Cendoj: **07040470012023100165**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **06/09/2023**

Nº de Recurso: **145/2023**

Nº de Resolución: **182/2023**

Procedimiento: **Juicio verbal**

Ponente: **MARGARITA ISABEL POVEDA BERNAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JDO. DE LO MERCANTIL N. 1

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00182/2023

C/TRAVESSA D'EN BALLESTER, 20, PLANTA 4ª

Teléfono: 971219414 **Fax:** 971219456

Correo electrónico: mercantil1.palmademallorca@justicia.es

Equipo/usuario: MMC

Modelo: S40000

N.I.G.: 07040 47 1 2023 0000547

JVB JUICIO VERBAL 0000145 /2023

Procedimiento origen: /

DEMANDANTE D/ña. Gonzalo

Procurador/a Sr/a. ALBERTO VALL CAVA DE LLANO

Abogado/a Sr/a.

DEMANDADO D/ña. BMW IBERICA SAU

Procurador/a Sr/a. CARMEN GAYA FONT

Abogado/a Sr/a.

SENTENCIA

En PALMA DE MALLORCA, a seis de septiembre de dos mil veintitrés.

Vistos por mí, Dª MARGARITA ISABEL POVEDA BERNAL, Magistrada del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Palma de Mallorca y su partido, los presentes autos de JUICIO VERBAL seguidos ante este Juzgado con el número 145/2023, por D. Gonzalo, con Procurador Sr. Vall Cava del Llano, frente a la mercantil BMW IBÉRICA S.A.U., con Procuradora Sra. Gaya Font, sobre INFRACCION DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y ACCIÓN DE REMOCIÓN DE LOS EFECTOS PRODUCIDOS POR CONDUCTA COLUSORIA, procede dictar la presente resolución con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Presentada demanda por parte del letrado de la Administración de Justicia se admitió a trámite por decreto, emplazándose a la demanda para que contestase a la misma en el término improrrogable de diez días.



Contestada la demanda y convocadas las partes para la celebración de la audiencia previa al juicio, en el acto se fijó la controversia y se admitió la prueba que propuesta por las partes se reputó pertinente y útil para esclarecer los hechos controvertidos.

SEGUNDO.- El acto del juicio oral se celebró con el resultado que consta en las actuaciones.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han seguido los preceptos y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Objeto del proceso, pretensión y controversia.*

Alega la actora que adquirió en fecha 13 de febrero de 2012, del vehículo modelo X1 sDrive18d, con número de bastidor NUM000, realizada con la mercantil AUTOMOCIÓN ROSELLÓ, S.A (actualmente PROA PREMIUM, S.L.) por importe de TREINTA Y TRES MIL CIENTO SETENTA Y OCHO EUROS CON CUARENTA Y NUEVE CÉNTIMOS (33.178,49 €). Se acompaña como DOC. 1 junto con el escrito de demanda el contrato de compraventa del vehículo.

El objeto del proceso está conformado por una reclamación de cantidad en ejercicio de una acción de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil (en adelante Cc.) sobre la base de una práctica colusoria declarada por la resolución de la CNMC de 23 de julio de 2015, sobre práctica restrictiva de la competencia, que declaró una infracción única y continuada del artículo 1 de la ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia.

La indicada resolución, sancionaba a los destinatarios de la decisión, entre los que se encuentra la demanda PSAG, mercantil distribuidora de los vehículos de la marca Peugeot en España, por su participación en las siguientes conductas (pág. 25):

1. Intercambios de información comercialmente sensible sobre la estrategia de distribución comercial, los resultados de las marcas, la remuneración y márgenes comerciales en 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, fecha de la realización de las inspecciones citadas. En estos intercambios habrían participado 20 empresas distribuidoras de las marcas AUDI, BMW, CHEVROLET, CITROËN, FIAT-LANCIA-ALFA ROMEO, FORD, HONDA, HYUNDAI, KIA, MAZDA, NISSAN, OPEL, PEUGEOT, RENAULT, CHRYSLER-JEEP-DODGE, SAAB, SEAT, SKODA, TOYOTA y VW, con la colaboración de SNAP-ON desde noviembre de 2009.

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. En tales intercambios de información habrían participado 17 empresas distribuidoras de marcas de automóviles, en concreto, las de las marcas AUDI, BMW, CHEVROLET, CITROËN, FIAT, FORD, HONDA, HYUNDAI, KIA, MAZDA, NISSAN, OPEL, PEUGEOT, SEAT, SKODA, TOYOTA, VW, LEXUS, MERCEDES, MITSUBISHI (esto es, B&M; en los elementos probatorios que constan en el expediente se identifica por la citada marca), PORSCHE y VOLVO, con la colaboración de URBAN desde 2010.

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", en los que habrían participado 14 empresas distribuidoras de las marcas de automóviles que participaban en los anteriores intercambios de información, en concreto, AUDI, BMW, CITROËN, FIAT, FORD, HYUNDAI, MAZDA, NISSAN, OPEL, PEUGEOT, SEAT, SKODA, TOYOTA, VW, LEXUS, RENAULT, SAAB y VOLVO, desde abril de 2010 a marzo de 2011.

Los intercambios de información confidencial comprendieron datos relativos a la rentabilidad y facturación de sus correspondientes redes de concesionarios en total y desglosado por venta de automóviles y actividades de posventa; márgenes comerciales y política de remuneración ofrecida por las marcas a sus redes de concesionarios; las estructuras de sus redes de concesionarios, las condiciones de sus políticas y estrategias comerciales actuales y futuras de marketing de posventa; campañas de marketing al cliente final; y los programas de fidelización de sus clientes.

Todo ello forma parte de un acuerdo complejo que, con relación a la demandada, consta su participación en los intercambios de información con competidoras en el ámbito del Club de marcas desde febrero de 2006 hasta julio de 2013, en el Foro de Postventa desde marzo de 2010 hasta diciembre de 2010 y en las Jornadas de Constructores en abril de 2010.



La resolución S/0482/13, fabricantes de automóviles, de 23 de julio de 2015 fue recurrida y desestimada por sentencia de 19 de diciembre de 2019 de la sección sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de diciembre de 2019, imponiéndose la multa de 14.768.975 euros.

Según se advierte en la página 83 de la resolución " *La infracción está constituida por 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 postventa, 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. Además determina que "los participantes conocían las principales cifras y resultados económicos obtenidos por sus competidores en los mercados de venta (nuevos y usados) y postventa (taller y venta de recambios), los beneficios por departamentos en importes totales y en porcentaje, las cifras de gastos (en porcentaje y en total), así como el beneficio neto antes de impuestos, (en porcentaje y en total) y los márgenes comerciales de la Red de concesionarios de las marcas participantes en el intercambio "*.

Se apreció una infracción por el objeto, considerándose suficiente *para apreciar el ilícito administrativo y "determinar las responsabilidades correspondientes, también ha quedado probado que la conducta ha ocasionado efectos perniciosos sobre la competencia efectiva en el mercado, al provocar una artificial disminución de la incertidumbre de las empresas en relación a la política comercial de sus competidoras y una correlativa disminución de la competencia durante los años en los que se produjeron los intercambios de información analizados "*.

Recurrida ante el Tribunal Supremo, la sentencia de 20 de abril de 2021 desestimó el recurrente, argumentándose que *estábamos ante una restricción por objeto porque " Los intercambios consisten en datos desagregados (con desglose de unidades vendidas, ingresos, resultados económicos de la actividad y en porcentaje sobre los ingresos, importes de beneficios respecto a vehículos nuevos, usados, recambios y postventa) datos actuales que se transmiten una vez obtenidos, de forma confidencial y secreta (con identificación por dígitos y de forma oculta) facilitados con carácter periódico (con carácter semestral o la remisión mensual, trimestral o anual en función del informe a elaborar por Urban), siendo, en suma, información comercial sensible y apta para reducir la incertidumbre en el proceso de determinación de los precios y en la conducta futura de las competidoras, que afecta gravemente la independencia con la que cada operador debe actuar en el mercado.*

Peugeot fue declarada responsable como empresa distribuidora de los automóviles de las marcas Peugeot en España, por su participación en los intercambios de información con competidoras en el ámbito del Club de marcas desde febrero de 2006 hasta julio de 2013, en el Foro de Postventa desde marzo de 2010 hasta diciembre de 2010 y en las Jornadas de Constructores en abril de 2010 imponiéndose una sanción de 15.722.642 euros, por su participación durante 90 meses.

La controversia gira sobre los siguientes hechos:

- La realidad de los daños y perjuicios por sobrecostes, así como su cuantificación.
- La relación causal con la práctica colusoria.
- La prescripción de la acción.

SEGUNDO.- Régimen jurídico aplicable.

Los hechos que determinan la infracción del Derecho de la competencia son anteriores a la entrada en vigor de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, (*en adelante, Directiva 2014/104/UE*). Y , por tal motivo, la actora funda su reclamación en la acción prevista en el *art. 1902 CC y ss.*, que es el régimen jurídico nacional relativo a la responsabilidad extracontractual aplicable en atención a la fecha de actuación del cártel y la adquisición de los vehículos.

En la actualidad la aplicación total o parcial de la Directiva 2014/104/UE y, por ende, el Título VI de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC), introducido por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se traspone la Directiva, no está exenta de discusión. Existe una discrepancia con relación a cuáles de sus disposiciones son sustantivas o procesales y una contradicción entre la ineficacia



retroactiva que dispone las disposiciones transitorias de la directiva con las previstas en el RD-ley 9/2017 que la traspone.

La sección 1ª de la Audiencia Provincial de León por auto de fecha 12 de junio de 2020 planteó al respecto una cuestión prejudicial (*asunto C-267/20, Volvo y DAF Trucks*).

Aunque se acepta en la instancia que las disposiciones sustantivas no resultan de aplicación "*ratione temporis*", esto no impide que los afectados por actuaciones restrictivas de la competencia puedan solicitar el resarcimiento de daños y perjuicios que aquella conducta les haya causado, haciendo valer directamente los arts. 101 y 102 TFUE y, en este caso los artículos 1 Y 2 LDC, sobre la base del régimen de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 Cc. y ss. Ello en atención a la doctrina sentada por el TJUE en los asuntos *Manfredi*, de 13 de julio de 2006, C-295 y 298/04, y *Kone AG*, de 5 de junio de 2014 , C-557/12, en que se reconoció la plena eficacia de los artículos 101 y 102 TFUE (STS de 8 de junio de 2012 (asunto cártel de azúcar).

El propio considerando 12 de la directiva 2014/104 establece que "*La presente Directiva confirma el acervo comunitario sobre el derecho a resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por infracciones del Derecho de la competencia de la Unión, especialmente en relación con la legitimación y la definición de daños y perjuicios, de la forma establecida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y no prejuzga ninguna evolución posterior del mismo.*"

En el ordenamiento jurídico español, las acciones de daños *follow-on claims* derivadas de infracciones de Derecho de la competencia, como la ejercitada, son acciones de responsabilidad extracontractual, conforme al régimen previsto en el artículo 1902 C.c. y ss., tal y como declaró la STS de 8 de junio de 2012 (asunto *cártel del Azúcar I*), dictada en un supuesto de ejercicio de una acción de daños consecutiva a una decisión del Tribunal de Defensa de la Competencia.

TERCERO .- *Prescripción de la acción.*

La parte demandada opone la excepción material de prescripción alegando que la actora estaba en condiciones de reclamar por el daño, al menos, desde el 23 de julio de 2015 en que se publicó por la CNMC la resolución administrativa. Y, por tanto, al estar en ese momento en conocimiento de los presupuestos objetivos, subjetivos y caudales de su pretensión, la acción estaría prescrita al haber transcurrido el plazo de un año previsto en el artículo 1968 del Código Civil hasta que se intentó hacer valer el derecho.

Con la finalidad de vincular a los Estados Miembros dejando libre elección de medios y formas, con las directivas se pretende garantizar la aplicación coherente y uniforme del Derecho de la competencia en la Unión. Y, en consecuencia, con relación a la Directiva 2014/104/UE, que las disposiciones de naturaleza sustantiva o procesal relativas a las acciones de daños se aprecien con arreglo al Derecho de la Unión y no al Derecho nacional.

No obstante, por razones de seguridad jurídica y restando deliberadamente el legislador comunitario margen alguno al juego del principio de efectividad, la directiva toma la cautela de vetar la aplicación retroactiva de sus disposiciones sustantivas (art. 22.1). Y, por consiguiente, al ser la prescripción un instituto de Derecho material o sustantivo, dado el periodo de actuación del cártel, resultó controvertido que resultase de aplicación el plazo de prescripción mínimo de cinco años (*art. 10.3 de la directiva*).

A este respecto, debe indicarse que no resulta posible, en modo alguno, interpretar el Derecho nacional conforme al Derecho de la Unión, ni mucho menos buscar una interpretación forzada de la norma en atención al principio de efectividad aludiendo a plazos de prescripción en otros Derechos nacionales de Estados Miembros. La Directiva es clara y tajante. Tras encomendar la transposición a los Estados Miembros en el artículo 21, en el artículo 22 determina que los Estados Miembros al adoptar medidas en tal sentido deben asegurarse que las disposiciones de la Directiva no se apliquen con efecto retroactivo.

Debe tenerse presente que, al margen del plazo de prescripción y, por tanto, incluso respetando la previsión nacional al respecto, debe determinarse el momento del nacimiento de la acción. Es decir, al momento en que empezaría a correr el plazo para hacer valer sus derechos. Y éste no es otro que el momento en que se conozca la dimensión del perjuicio sufrido.

A este respecto, se entiende en la instancia que al tratarse de una acción *follow on*, sin resolución administrativa firme hasta el año 2021 en que alcanzó firmeza, es en ese momento cuando los perjudicados estaban en conocimiento de todas las circunstancias necesarias para el ejercicio de su acción. Y, por tanto, en ese momento debe fijarse la *actio nata*.

Por otra parte, en cuanto al plazo, la cuestión relativa a la prescripción ha sido zanjada por la STJUE de fecha 22 de junio de 2022. Y, en consecuencia, en atención a la fecha de la firmeza de la decisión y el plazo de



prescripción de cinco años de la directiva que resulta de aplicación en atención a la jurisprudencia comunitaria, no se aprecia la prescripción de la acción estando la acción viva en el momento de interposición de la demanda.

CUARTO.- Valoración de la prueba.

1. *La presunción judicial del daño individual.*

La parte actora a los efectos de cumplir con la carga formal de la prueba del daño se valió de un informe pericial elaborado por D. Ramón y D. Ricardo, que concluye afirmando:

El perjuicio económico derivado del incumplimiento del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea para el vehículo marca BMW, modelo X1 sDrive18d con número de bastidor NUM000 adquirido por Gonzalo es de 4.467,29 euros.

El perjuicio económico sufrido en concepto del exceso pagado en impuestos por Gonzalo derivado del incremento artificial de la base imponible del vehículo adquirido marca BMW, modelo X1 sDrive18d con número de bastidor NUM000 es de 1.019,14 euros.

Por su parte, la demandada, aporta informe pericial de parte contradictoria de COMPASS LEXECON, que además de realizar una valoración crítica del informe pericial de la actora, viene a concluir afirmando que:

La estimación del sobreprecio del Informe Vía Pericial es incorrecta y por tanto, no permite obtener conclusión alguna sobre el efecto de las Conductas Sancionadas en el precio pagado por el Demandante por, al menos, los siguientes motivos:

En primer lugar, el Informe Vía Pericial omite completamente en su análisis que, en este procedimiento y según se desprende de la documentación aportada junto con la Demanda, la compra del vehículo objeto de la Demanda se produjo en febrero de 2012 y, por tanto, más de dos años después de que BMW Ibérica abandonase el Club de Marcas (noviembre de 2009).

En tanto en cuanto el Club de Marcas fue el único de los tres intercambios de información sancionados por la CNMC que estaba relacionado con la distribución y comercialización de automóviles, cualquier potencial efecto que pudiera observarse en el precio de este vehículo no sería en ningún caso atribuible a la participación de BMW Ibérica en las Conductas Sancionadas.

En segundo lugar, el sobreprecio estimado por el Informe Vía Pericial es incorrecto y no debería ser tenido en cuenta por las siguientes razones:

Primero, los Datos BOE que utiliza el Informe Vía Pericial no son aptos para estimar el efecto que las Conductas Sancionadas tuvieron en los automóviles nuevos porque:

- no reflejan los precios de venta de los automóviles nuevos al incluir la depreciación sufrida por el automóvil durante el primer año de vida del mismo;
- los precios de los que parten no incluyen ningún tipo de descuento;
- no reflejan la realidad del mercado ya que incluyen cualquier modelo que haya sido ofertado en el mercado con independencia de que ese modelo haya tenido ventas cero.

Tercero, el Informe Vía Pericial estima el supuesto sobreprecio comparando los precios de los vehículos de los fabricantes que participaron en las Conductas Sancionadas (marcas afectadas) con los precios de los fabricantes que no participaron en las Conductas Sancionadas (marcas no afectadas). Para esta comparación utiliza una metodología ("diferencia en la diferencia") que cuando se implementa correctamente permite aislar el efecto de la infracción del efecto de otros cambios que se produjeron en el mismo periodo de tiempo que la infracción. Sin embargo, como explica la Guía Práctica de la Comisión, la posibilidad de aislar el efecto de la infracción "se basa en gran medida en el supuesto de que estos otros cambios afectaron a ambos mercados de forma similar".

La forma más habitual de comprobar que los cambios no relacionados con la infracción afectan por igual a los dos mercados analizados es verificando que:

- i. las condiciones en las que se comercializan los productos son similares;
- ii. los factores que determinan los precios de los dos productos son similares;
- iii. los precios de los dos productos evolucionan de manera paralela en periodos no afectados por la infracción.

El Informe Vía Pericial no realiza esta comprobación, de haberla hecho, se habría dado cuenta de que el método de diferencia en la diferencia no es aplicable en este caso porque no existen productos

suficientemente comparables a los vehículos de las marcas afectadas. Las marcas que el Informe Vía Pericial utiliza como no afectadas, que incluyen a Maserati, Alpine, Infiniti, Hummer, Morgan y Land Rover, entre otras, no son comparables a las marcas afectadas (que incluyen marcas como BMW, Toyota, Nissan, Seat, Hyundai o Kia entre otras) porque son marcas exclusivas cuyos usos y características difieren enormemente de las marcas afectadas. Por ejemplo, algunas de las marcas no afectadas sólo tienen vehículos de competición y otras sólo tienen vehículos ensamblados a mano.

Además, un simple análisis gráfico (véase la Figura 14) demuestra que, en el periodo no afectado por las conductas, los precios de las marcas afectadas y los precios de las marcas no afectadas no evolucionaron de forma paralela. En el periodo no afectado el precio medio de las marcas afectadas se mantuvo constante mientras que el precio medio de las marcas no afectadas aumentó por encima del 20%. Esta es evidencia clara de que factores ajenos a las Conductas Sancionadas tuvieron un impacto diferente sobre los precios de los vehículos de las marcas afectadas y de las marcas no afectadas. ¡ Cuarto, aun aceptando que la implementación del método de diferencia en la diferencia hubiera sido correcta (quod non), el Informe Vía Pericial calcula incorrectamente el sobreprecio porque no tiene en cuenta todas las variables que en su modelo de regresión miden el efecto de las Conductas Sancionadas. Concretamente, el Informe Vía Pericial no considera la variable que mide la diferencia media entre el precio de las marcas afectadas y el precio de las marcas no afectadas en el periodo de las Conductas Sancionadas.

Hemos verificado en nuestra réplica del modelo utilizado por el Informe Vía Pericial que este efecto es el que recoge la variable "Año en Cartel". Corrigiendo este error (y sin perjuicio de los restantes defectos que invalidan este cálculo), el sobreprecio medio para todo el periodo que resultaría de aplicar el propio cálculo del Informe Vía Pericial sería del -0,45% en vez del del 13,51%.¹²⁴ ¡ Quinto, el Informe Vía Pericial ignora factores relevantes en la determinación de precios, descansa en supuestos poco razonables, presenta problema de endogeneidad e interpreta incorrectamente el significado de algunos estadísticos.

En concreto:

i. No tiene en cuenta que los costes de producción varían entre fabricantes y a lo largo del tiempo. Es decir, asume que los costes de producir un BMW Serie 1 con un precio de 20.200€ en 2019 según los Datos BOE son iguales que los de producir un Maserati Ghibli con un precio de 63.400€ en 2019.¹²⁵ Este supuesto claramente no se ajusta a la realidad.

ii. El número limitado de características de los vehículos que tiene en cuenta es insuficiente para explicar la gran variabilidad de precios que se observa en el mercado y que refleja la gran heterogeneidad del producto.

iii. Supone que a cada fabricante le corresponde el mismo sobreprecio, independientemente de si está participando o no en el Club de Marcas. Por ejemplo, el Informe Vía Pericial atribuye en 2013 a los automóviles nuevos de la marca BMW (año en el que BMW Ibérica ya no participaba en el Club de Marcas y en el que habían transcurridos más de tres años desde que cesó su participación en dicho foro) el mismo sobreprecio que a marcas que estaban ese año participando en dicho foro. Este supuesto no tiene sentido desde un punto de vista económico.

iv. Asume que un valor pequeño del p-valor supone que la cuantificación del sobreprecio es correcta. Lo más importante para una correcta estimación del sobreprecio es que el modelo incluya todas las variables necesarias para explicar la variación observada en los precios. Cuando se omiten variables relevantes para la determinación de precios, la estimación del sobreprecio puede estar sesgada al alza o a la baja.

iv. Interpreta incorrectamente la importancia de que los residuos se concentren alrededor de cero,¹²⁷ ya que eso solo indica la ausencia de autocorrelación (es decir, que los residuos no tienen tendencia) y heterocedasticidad (es decir, la variabilidad de cada observación es independiente) del modelo, lo que no supone que el modelo, aunque carezca de estos problemas, esté bien especificado y sea correcto.

Finalmente, del resumen del Informe Oxera no se puede extraer ninguna conclusión aplicable a este caso ya que, como explica la Comisión Europea, los sobreprecios estimados en otros cárteles no pueden constituir una cuantificación adecuada del supuesto sobreprecio en todos los casos.

Como punto de partida, debe reconocerse las dificultades para la elaboración del informe al no haberse atendido a los requerimientos extrajudiciales que no ha sido negado por la demandada. Y que, por tanto, deberá tenerse presente al aplicar el principio de la facilidad probatoria a la que se alude en el artículo 217 LEC como norma moduladora de las reglas materiales de la carga de la prueba, en relación con la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera en materia de valoración de daños en cárteles.

Como se advierte de la lectura del informe pericial aportado por la actora, el perito recurrió a varios modelos econométricos que son conformes con los previstos en al Guía Práctica de la Comisión Europea (2013).



El principal método utilizado y que se alude como el de "diferencias en diferencias" demostraría la influencia de la infracción en la formación de precios de venta de vehículos. Y tal método, fue corroborado por el método ARIMA y su versión ARIMAX que empleaba otra variante adicional.

EL método de las "diferencias en diferencias" fue criticado en el informe pericial del demandado y la crítica fue expuesta en el acto del juicio. Se cuestionó el uso de determinadas variables y se aludió que con relación a ellas había oscuridad en el periodo temporal, así como que solo se ofrecían los coeficientes de correlación entre las variables, pero no el resultado.

Se achaca igualmente que no se presenta información sobre el número de observaciones, la significatividad estadística que le han ofrecidos los estimadores. Y, en definitiva, a su entender, que resultaría imposible saber el procedimiento seguido para concluir el sobreprecio indicado.

Igualmente, aludió a que existiría un problema de con el uso de la variable de Ipc nacional por su intercorrelación con el del mercado europeo y provocaría en el modelo que cuestionaría el empleo del resto de variables y, a su vez, los estimadores serían sesgados e inconsistentes y el modelo perdería el sentido.

El método de corroboración ARIMAX fue igualmente objeto de crítica al atenderse al referente volumen y no del precio, poniéndose especial crítica a la carencia a la existencia de ningún cálculo o explicación a cómo se alcanza el sobreprecio indicado.

En relación con el tercer método se reprocha que no existe ningún análisis con relación a la elección del mercado irlandés como mercado geográfico de comparación en el tercer método empleado

Todas las críticas que se realizan, sin embargo, desconocen un dato fundamental que no ha sido negado en el escrito de contestación a la demanda y que se alude en el punto 3 del informe de la actora. Que pese a existir requerimiento en forma a los distribuidores de coches implicados en el cártel no se atendió a tal requerimiento. Y, a su vez, que la crítica que se realiza por la demanda a través del informe pericial que presenta no es constructiva. Como se razonará a continuación, se limita a negar la mayor y además de no ofrecerse una propuesta alternativa de un eventual daño, se niega categóricamente a través de métodos econométricos en los que se aprecia el empleo de datos e información con indicios de sesgo.

Aunque este tribunal acepte por razones temporales ("*ratione temporis*") la inaplicación de la presunción legal del art. 76.3 LDC, tal inaplicación carece, sin embargo, de tanta relevancia en el presente proceso. El juez nacional tiene presente que las normas y procedimientos nacionales a aplicar en el ejercicio de acciones por daños derivados de los artículos 101 o 102 del TFUE no deben ser menos favorables que las que se siguen en el ámbito de otras acciones de daño por responsabilidad extracontractual (art. 1902 C.c (principio de equivalencia). Y, por otro lado, que la aplicación de las normas procesales nacionales no puede hacer imposible o excesivamente difícil el pleno resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por una infracción del Derecho de la competencia de la Unión (principio de efectividad).

En la instancia, no se considera posible que el daño individualizado, es decir la existencia de sobrecostes, pueda probarse con la sola lectura de la resolución administrativa de la Autoridad de la Competencia a través de la doctrina "*ex re ipsa*" o presunción por evidencia. No solo por el hecho que la descripción de la conducta colusoria sea muy escueta en la decisión o se considere que sea necesario valerse de periciales que aporten análisis económicos, sino precisamente porque a través de la doctrina "*ex re ipsa*" no se prueba el daño, sino la relación de causalidad con un acto ilícito y la culpabilidad. Con independencia, claro está, y al margen de la doctrina "*ex re ipsa*", que el daño individualizado pudiera ser probado mediante prueba plena o directa a través de las periciales.

La prueba "*prima facie*" o por apariencia (*Anscheinsbeweis*) de la doctrina alemana, alude a la institución o categoría jurídica que nuestro Tribunal Supremo, junto con la denominada regla de la "*faute virtuelle*" o culpa virtual del Derecho francés y la prueba "*prima facie*" de la doctrina italiana, ha equiparado con la doctrina anglosajona de la "*re ipsa loquitur*" (*the thing speaks for itself* - la cosa habla por sí misma). (Véanse las SSTs, Sala Primera, de 26 de junio de 2006, 31 de diciembre de 2003 y 29 de noviembre de 2002).

Estas teorías, aunque en sus ordenamientos de origen revistan peculiaridades específicas en ocasiones han tenido un tratamiento común en nuestra jurisprudencia. La STS de 12 de diciembre de 1998 llegó a equiparar la doctrina del daño desproporcionado a la culpa virtual, cuando la primera tiene rasgos propios en el ámbito de la responsabilidad médica y, en principio, con ella no pueda presumirse la culpa del profesional.

No obstante, las tres primeras teorías comparten la misma finalidad: presumir la culpa y el nexo causal, es decir, no presumen el daño que ha de ser constatable y acreditado por prueba directa o admitido, sino que presumen la relación de causalidad y la culpabilidad. Dedución que en la regla "*res ipsa loquitur*" y la "*prima*



facie" se realiza a través de la evidencia o máximas de la experiencia, y en la "culpa virtual" en atención a la anormalidad del resultado.

Son mecanismos presuntivos que de una u otra manera modulan la carga de la prueba en supuestos en los que se aprecia dificultad probatoria (art. 217.7 LEC), pero no responden al esquema de las presunciones judiciales fácticas reguladas en nuestro artículo 326 y ss. LEC (" *presumptio facti*")

La existencia de un daño no se considera en la instancia que pueda considerarse probado porque "la cosa hable por sí misma", sino que, a lo sumo, en atención a la naturaleza de un daño concreto y conocido y sus circunstancias puede determinarse qué lo causó y si medió culpa. Y, además, no se presume un hecho en atención al enlace preciso y directo con un hecho indicio probado. La regla " *ex ipsa loquitur*" o " *prima facie*" se conoce como presunción judicial cualificada (o presunción por evidencia) porque se basan en la evidencia, en una deducción judicial compleja en base a una máxima de la experiencia, y en atención a la cual se entiende que el hecho presunto es consustancial al hecho base. Es decir, que un resultado lesivo y anormal conocido no se explica sin la actuación ilícita de otro sujeto.

La resolución administrativa, por tanto, contribuiría a probar el acto ilícito y una relación de causalidad con unos daños anticompetitivos que son consustanciales a la colusión, pero no evidencia daños individualizados por sobrecostes que, a lo sumo, podrían calificarse de hipotéticos o probables. No olvidemos que la doctrina científica, incluso en cárteles duros implementados, determina que un porcentaje relevante de ellos, entre el 5-10% no causan daños por sobrecostes. No hay, por tanto, evidencia alguna de la existencia de sobrecostes y, por tanto, no puede afirmarse que las cosas hablen por sí solas. La regla " *re ipsa loquitur*" opera a la inversa, permite considerar probado el resto de los presupuestos de la acción de responsabilidad, en concreto la relación de causalidad y la culpa, y ello en atención a la naturaleza y circunstancias de un daño patente o incontrovertible.

En definitiva, en la instancia se considera que a falta de prueba y sin perjuicio de la posibilidad de la estimación judicial de su cuantificación, los daños individuales por sobrecostes causados por un cártel podrán presumirse, pero no se evidencian de la decisión de la Autoridad de la Competencia que declara la existencia de una infracción por el objeto. La Decisión "no habla por sí sola" respecto de la existencia de daños individuales, solo de daños colectivos o anticompetitivos. Y, por tanto, se puede afirmar que los daños individuales se podrán presumir, pero no se evidencian de ella.

De ser procedente, podrá hablar el hombre a través de una deducción con criterios humanos (" *presumptio hominis o facti*"), pero la cosa no, al no concurrir una evidencia circunstancial de la existencia de sobrecostes.

Esto, no obstante, como se ha indicado, no impide que se recurra al juego de las presunciones judiciales.

La ley de enjuiciamiento civil contempla el principio de la facilidad probatoria al modular la carga formal de la prueba (217.7 LEC) y a través del juego de las presunciones judiciales (326 LEC) se podría tener por cierto a efectos del proceso que los acuerdos colusorios sancionados en la decisión causaron un daño al actor por el pago de sobrecostes. Es decir, daños individuales.

La presunción judicial podría incluso ser más robusta que la genérica prevista en la directiva para todo tipo de infracciones de cárteles. No solo puede partir del hecho base que toda infracción de cártel declarada por el objeto tiene una nociva incidencia en el mercado y por tanto causa daños anticompetitivos y probablemente daños individuales. La resolución aunque no ofrezca datos sobre los efectos, claramente pone de manifiesto que no hubo un cuestionamiento de la nocividad para la competencia que hubiera obligado a la autoridad de la competencia a analizar los efectos en el mercado según la doctrina del asunto C-228/18, Budapest Bank (STJUE, 2 de abril de 2020). Y, por otro lado, aunque se declare la infracción por objeto, la resolución contiene una serie de menciones que han sido previamente referidas en esta sentencia que permitirían robustecer el enlace preciso y directo que requiere la presunción y, en consecuencia, entender cierto que la colusión conllevó sobrecostes y que estos fueron soportados por los adquirentes, entre ellos el demandante.

La demandada negó la existencia del daño. Se afirma que la decisión no sancionó una infracción por sus efectos, sino por el objeto y de ella no se desprende incidencia alguna en el mercado. Y, en concreto, que hubiera tenido alguna influencia en los precios netos que hubiera perjudicado a los adquirentes de los vehículos.

La infracción del artículo 101 TFUE, así como del artículo 1 LDC, puede ser tanto por objeto como por efecto. (SSTJUE de 26 de noviembre de 2015, *Maxima Latvija*, C-345/14, apartado 17, y de 20 de enero de 2016, *Toshiba Corporation/Comisión*, C-373/14, apartado 25).

Que las infracciones de cárteles se declaren por su objeto por parte de las Autoridades de la Competencia y no por los efectos no implica que sean de menor entidad y mucho menos inanes para la competencia. Quizás todo lo contrario.



En realidad, en el plano administrativo, y no hay razón que en la aplicación privada del Derecho de la competencia sea distinto, la constatación de una infracción de cártel por objeto presume un efecto o daño anticompetitivo. Existe una prolija jurisprudencia al respecto de la que incluso se desprende que la acreditación de los efectos resulta superflua. La experiencia en el mercado demuestra que los acuerdos de cártel con relación a la fijación de precios y repartos de mercado son muy perjudiciales y conducen a una deficiente asignación de los recursos en perjuicio de los intervinientes en el mercado y los consumidores.

"Determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse por su propia naturaleza perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia" (STJUE asunto Allianz Hungría Biztosító).

La STJUE, de 2 de abril de 2020, (asunto C-228/18, Budapest Bank) resulta muy significativa para comprender por qué una infracción por objeto no ya presume sino presupone efectos anticompetitivos. Los puntos de mayor interés son los siguientes:

- *"No es necesario examinar los efectos de un acuerdo en la competencia cuando esté acreditado su objeto contrario a ella"* (sentencias de 26 de noviembre de 2015, Maxima Latvija, C-345/14, EU:C:2015:784, apartado 17, y de 20 de enero de 2016, Toshiba Corporation/Comisión, C-373/14 P, EU:C:2016:26, apartado 25).

- *"Algunos tipos de coordinación entre empresas revelan un grado de nocividad para la competencia suficiente para ser calificados de restricción por el objeto, de modo que es innecesario examinar sus efectos. Esa jurisprudencia atiende a la circunstancia de que determinadas formas de coordinación entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego de la competencia"* (sentencias de 11 de septiembre de 2014, MasterCard y otros/Comisión, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, apartados 184 y 185, y de 20 de enero de 2016, Toshiba Corporation/Comisión, C-373/14 P, EU:C:2016:26, apartado 26).

- *"Algunos comportamientos colusorios, como los que llevan a la fijación horizontal de los precios por los cárteles, pueden considerarse hasta tal punto aptos para generar efectos negativos, en especial en los precios, la cantidad o la calidad de los productos o los servicios, que cabe estimar innecesaria la demostración de que tienen efectos concretos en el mercado a efectos de aplicar el artículo 101 TFUE, apartado 1. En efecto, la experiencia muestra que esos comportamientos dan lugar a reducciones de la producción y alzas de precios que conducen a una deficiente asignación de los recursos en perjuicio especialmente de los consumidores"* (sentencias de 11 de septiembre de 2014, CB/Comisión, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, apartado 51, y de 26 de noviembre de 2015, Maxima Latvija, C-345/14, EU:C:2015:784, apartado 19).

- *"El criterio jurídico esencial para determinar si un acuerdo conlleva una restricción de la competencia «por el objeto» consiste, por lo tanto, en la comprobación de que dicho acuerdo tenga, en sí mismo, un grado de nocividad para la competencia suficiente como para considerar que no es necesario investigar sus efectos"* (sentencia de 26 de noviembre de 2015, Maxima Latvija, C-345/14, EU:C:2015:784, apartado 20 y jurisprudencia citada).

Del examen de la doctrina jurisprudencial del TJUE se deduce que una infracción de cártel por el objeto podría no llegar a producir daños individuales, pero no daños anticompetitivos. Es decir, efectos en el mercado. Salvo, claro está, que el cártel no se hubiera implementado.

En estos casos, la "cosa" sí "habla por sí sola". La jurisprudencia del TJUE "presupone", es decir, no permite presumir por hechos sino "por evidencia", acogiendo en este campo la doctrina "*re ipsa loquitur*", que una infracción por objeto produce efectos.

El considerando 38 de la STJUE, de 2 de abril de 2020, (asunto C-228/18, Budapest Bank) establece que:

- *"En el supuesto de que el análisis de un tipo de coordinación entre empresas no revele un grado suficiente de nocividad para la competencia, sería necesario, en cambio, examinar sus efectos y, para aplicar la prohibición, exigir que concurren factores acreditativos de que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o bien falseado de manera sensible"* (sentencia de 11 de septiembre de 2014, CB/Comisión, EU:C:2014:2204, apartado 52 y jurisprudencia citada).

La presunción que una infracción por objeto tiene efectos anticompetitivos llega al extremo que en el considerando 39 se dispone lo siguiente:

- *"Así pues, si bien de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia mencionada en los apartados 33 a 38 de la presente sentencia se desprende que, cuando un acuerdo se califica de restricción de la competencia «por el objeto» con arreglo al artículo 101 TFUE, apartado 1, no es necesario demostrar, además, los efectos de dicho acuerdo para considerar que está prohibido en virtud de dicha disposición, el Tribunal de Justicia, por otra parte, ya ha declarado, por lo que respecta a un mismo comportamiento, que este último tenía tanto por objeto como por efecto restringir la competencia (véanse en este sentido, en particular, las sentencias de 1 de octubre de 1987, van Vlaamse Reisbureaus, 311/85, EU:C:1987:418, apartado 17; de 19 de abril de 1988, Erauw-Jacquery,*



27/87, EU:C:1988:183 , apartados 14 y 15; de 27 de septiembre de 1988, *Ahlström Osakeyhtiö y otros/Comisión*, 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 y 125/85 a 129/85, EU:C:1988:447 , apartado 13, y de 9 de julio de 2015, *InnoLux/Comisión*, C-231/14 P, EU:C:2015:451 , apartado 72)".

Nuestro Tribunal Supremo ha seguido en todo momento este criterio. La innecesariedad de probar los efectos anticompetitivos de una conducta cuando se consta que ésta infringe el Derecho de la competencia por su objeto es una constante. Ello, sobre la base que por naturaleza un acuerdo colusorio y, todavía con más claridad, cuando se trata de prácticas concertadas, si tiene nocividad suficiente para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia, conlleva consustancialmente un efecto en el mercado. Hasta tal punto, como determinan las SSTs, Sala 3ª, de 26 de mayo de 2015 y núm. 331/2018, de 1 de marzo y recuerda la reciente STS de 5 de octubre de 2021 (*caso automóviles*), que la infracción por objeto declarada no puede ser rebatida mediante la prueba de la inexistencia de efectos.

En consecuencia, como recuerda la STJUE en el asunto *Allianz Hungária Biztosító y otros*, en las infracciones por el objeto la cuestión relativa a sus efectos solo tiene interés para calcular las multas que imponga la autoridad de la competencia (teniendo presente que solo es un criterio y que se es consciente de la dificultad de prueba) o en los derechos de indemnización por daños y perjuicios.

El juez a la hora de presumir judicialmente la existencia de daños individuales por sobrecostes soportados por los adquirentes de los vehículos, no pudo desconocer que está vinculado por la resolución firme de la autoridad de defensa de la competencia que resulta irrefutable (art. 75.1 LDC). Y, como se ha sostenido, aunque se niegue por la demandada e incluso se sostenga en la pericial de la parte demandada, toda infracción por objeto presupone que tiene efectos en el mercado. Y estos además son referidos en la decisión.

A su vez, se constataría una extrema dificultad probatoria. De la lectura de la resolución se deduce que a través del intercambio de información sensible entre los fabricantes se aumentó la transparencia en un mercado ya de por sí transparente. La coordinación existente anticipaba la previsión del comportamiento de los competidores.

La conducta colusoria no solo impedía, restringía o falseaba el juego de la competencia por dar una completa transparencia en el mercado y desincentivar la lucha entre competidores por poder anticipar cuál sería su comportamiento concurrencial. El efecto o daño anticompetitivo no se limitó a imposibilitar que las empresas que precisaban camiones pudieran beneficiarse de la lucha por el cliente que se produce cuando la libre competencia no es perturbada. Teniendo presente cuál es el objeto de la práctica colusoria, su dimensión y los efectos en el mercado que se desprenden de la decisión, puede presumirse que los adquirentes de los vehículos en el mercado padecieron daños individuales al soportar

En definitiva, en base al informe pericial de la parte demandada y partiendo del hecho indico de la existencia de los acuerdos colusorios que declara la *resolución administrativa* y que presuponen efectos en el mercado o daños anticompetitivos con la magnitud que se explicitan, en atención al enlace directo y precisó que ampliamente se ha razonado, se considera que se produjeron daños individuales. En concreto, sobrecostes soportados por los adquirentes de los vehículos fabricados y comercializados y, entre ellos, los costeados por los demandantes.

2. La prueba del demandado.

Que, en la instancia, en atención a las circunstancias concurrentes, del contenido de la decisión y los conocimientos aportados por el perito de parte, se considere procedente recurrir a la presunción judicial para fijar como cierto a efectos del proceso que la conducta colusoria causó daños individuales por sobrepuestos, no implica que la demanda deba ser estimada en atención a lo peticionado o que el importe de los daños y perjuicios deban ser apreciados por estimación judicial.

Toda presunción judicial, al igual que cualquier legal, tanto en trámite de recurso de apelación discutiendo el razonamiento como en la propia instancia cuestionado la certeza del hecho indicio o base o practicando prueba en sí, puede ser desvirtuada. Esta última posibilidad expresamente la contempla el artículo 386.2 LEC. Y, a su vez, aunque no se desvirtúe la presunción judicial de la existencia de daños individuales por sobrecostes, la carga de la prueba formal sobre la concreción de estos corresponde a la parte actora, según determina el artículo 76 de la ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (en adelante, LDC). Y, como veremos, el recurso a la estimación judicial no resulta automático, requiere la valoración de las periciales que consten en las actuaciones y la consideración que, pese al esfuerzo probatorio modulado por la facilidad para ello, ha resultado "imposible o excesivamente difícil cuantificarlos con precisión".

En la práctica judicial, estas cuestiones se dirimen tras una valoración conjunta de la prueba practicada y solo, en atención a ella, una vez considerado que no se ha desvirtuado la presunción judicial de daños individuales, procedería determinar si ha lugar a la estimación judicial.



En el informe pericial de la demandada se niega que la infracción por objeto declarada por la autoridad de la competencia hubiera producido un daño al demandante, y niega la relación de causalidad. Posteriormente concluye que tras la aplicación de los métodos barajados no existe "evidencia de sobreprecio estadísticamente representativo", por lo que no se realiza expresamente una cuantificación alternativa.

Al margen que el dictamen de la parte actora no resulte plenamente satisfactorio, el dictamen pericial de la demandada no desvirtúa su valor y no desmerece, por tanto, el esfuerzo probatorio realizado por el actor. El dictamen despierta el recelo al cuantificar en cero el sobreprecio y usarse los datos de manera sesgada. El cartel sancionado ostuvo una influencia en el precio final desde 2006 a 2013, es decir más de 7 años, sobre un mercado en todo el ámbito del territorio español, y afectó a una pluralidad de perjudicados, con nada más y nada menos que tres carteles sancionados, unido a otra pluralidad de carteles como son los de los concesionarios.

3. La prueba y cuantificación del daño individual

Cuestión distinta es la determinación de los concretos daños individuales por sobrecostes que, como es indicado, por mucha presunción judicial o legal que impere, su carga de la prueba compete a la parte actora (art. 76.1 LDC).

En la instancia se sostiene que, aunque no sea de aplicación la presunción legal establecida en el art. 76.3 LDC respecto que las infracciones calificadas como cartel causan daños y perjuicios, nada obsta, que el juez nacional considere procedente recurrir a la presunción judicial prevista en el art. 386 LEC como mecanismo de fijación de hechos ciertos en el proceso. Considerándose procedente alcanzar la conclusión de tal hecho presunto en atención a la contundencia y gravedad de la infracción por objeto tal cual está explicitada en la decisión y la luz brindada por las periciales.

Y aunque se considere que la pericial de la demanda no ha contribuido a contrarrestar los hechos indicios de los que se parte de la lectura de la decisión ni, a su vez, ha desvirtuado la presunción que se alcanza a través de una pericial convincente, esto no implica que pueda eximirse al actor de la carga formal de la prueba de los daños individuales que se reclaman. La presunción judicial de la existencia de daños individuales en atención a la conducta colusoria y los daños económicos que explica la decisión, ni pueden conducir a entender por probados los daños individuales que se afirma ni, tampoco, permitir recurrir de forma automática a la posibilidad de estimar judicialmente los daños y perjuicios que posibilita la Directiva y su transposición en el artículo 76.2 LDC.

Para la estimación judicial deben cumplirse los requisitos que, como se explica a continuación, ya se avistan en la jurisprudencia menor.

Aunque con la directiva se ha conseguido cierta uniformidad, especialmente con la presunción de daños y con la facultad de estimación judicial, el derecho de resarcimiento se tutela conforme a las normas nacionales. No solo a través de las normas de procedimiento, sino inclusive en aspectos como la relación de causalidad con la infracción y la exigencia de culpabilidad. Sin embargo, en cualquier caso, han de observarse los principios de equivalencia y efectividad; las normas nacionales no podrán interpretarse ni aplicar de manera que en la práctica resulte imposible o excesivamente difícil el resarcimiento que garantiza el Derecho de la Unión.

El considerando 45 de la directiva reconoce que la cuantificación del perjuicio puede constituir un obstáculo significativo para el éxito de las acciones de daños en Derecho de la competencia y, por tanto, para la eficacia del sistema, pudiendo quedar comprometidos los principios de efectividad y equivalencia (considerando 46).

Siendo consciente de esta dificultad, la Comisión Europea ya había publicado en el año 2013 una Guía práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los *artículos 101 ó 102 del TFUE* que en su apartado 17 indica que indica que "*l a cuantificación del perjuicio en asuntos de competencia está, por su propia naturaleza, sujeta a limitaciones considerables en cuanto al grado de certeza y precisión que puede esperarse. No puede haber un único valor "verdadero" del daño sufrido que pueda determinarse sino únicamente las mejores estimaciones basadas en supuestos y aproximaciones. Las disposiciones jurídicas nacionales aplicables y su interpretación deben reflejar estas limitaciones inherentes en la cuantificación del perjuicio en demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 y 102 TFUE de acuerdo con el principio de efectividad del Derecho de la UE, de manera que el ejercicio del derecho a solicitar daños y perjuicios garantizado por el Tratado no sea excesivamente difícil o imposible en la práctica*".

Aun en un momento en que no se había dictado la directiva de daños, el *leading case* en España con relación al ejercicio de acciones de daños por infracciones de cártel fue el denominado *Cártel del Azúcar*. La Sala Primera del Tribunal Supremo, en la sentencia núm. 651/2013 de 7 de noviembre, poniendo de manifiesto la complejidad y dificultad de la prueba, recalcó que la interpretación y aplicación de las normas :

" 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".

Y en estos supuestos, siguiendo esta doctrina, si el informe del perito de la actora contiene ambos elementos, y el demandado no ha ofrecido otra hipótesis alternativa que pueda considerarse mejor fundada, la valoración de los daños que se realice en el informe de la actora puede considerarse " razonable y acertada".

La Sala Primera tiene presente en todo momento, que " ninguna recreación de un mercado no cartelizado será capaz de proporcionarnos otra cosa que una conjetura razonable". Se adapta así la valoración de la prueba al carácter hipotético de los daños, que pueden comprender tanto el daño emergente como el lucro cesante. Y, en definitiva, ante la dificultad probatoria, en sede de valoración de la prueba, el daño emergente se conceptúa más como un lucro cesante (probable) que como un daño real y cierto que precise prueba plena.

La SAP de Valencia núm. 1680/2019 de 16 de diciembre, ilustra que "el perito ha de partir de bases correctas (teniendo presente la existencia y naturaleza del concreto cártel que examina y su incidencia en el mercado), ha de utilizar un método adecuado e hipótesis de trabajo "razonable" (y razonada técnicamente, sustentada sobre datos contrastables, no erróneos), debe definir o delimitar el período temporal al que se contrae el informe, y contener las modulaciones necesarias (variación de costes, desprecio de factores irrelevantes y aplicación de las oportunas actualizaciones, cuando proceda)".

Al margen de la presunción legal de daños, el artículo 76.1.2 LDC determina que, aunque la carga formal de la prueba esté a cargo de la parte demandante, si "se acreditara que" " sufrió daños y perjuicios, pero resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlos con precisión en base a las pruebas disponibles, los tribunales estarán facultados para estimar el importe de la reclamación de los daños".

Dado el carácter hipotético de los daños, la dificultad de prueba y la cantidad de factores que pueden influir en la determinación del precio, en la Guía Práctica se pone de manifiesto que toda valoración a través de la metodología que sea no dejará de ser una estimación aproximada. La facultad de estimación judicial de los daños como instrumento puesto a disposición de los jueces para otorgar la tutela judicial efectiva no hace sino corroborar esa dificultad probatoria y la más que probable insatisfacción que puede producir las periciales de parte.

La estimación judicial, sin embargo, aunque confiera un mayor grado de discrecionalidad y flexibilidad no puede ser arbitraria. No procede en aquellos casos en los que existe un absoluto vacío probatorio, es decir, cuando el actor no ha intentado, al menos, cumplir con la carga formal de la prueba de daños y perjuicio que le impone el artículo 76.1 LDC.

La estimación judicial tiene que acometerse conjugando las reglas de la sana crítica que impone el artículo 348 LEC a la hora de valorar los dictámenes periciales con las reglas formales de la carga de la prueba y el principio de la facilidad probatoria (217 LEC).

Si la prueba pericial no satisface y el dictamen como establece la SJM núm. 3 de Valencia 378/2020, de 9 de noviembre, no puede ser recompuesto " hasta un resultado de cuantificación alternativo y convincente (estimación parcial de la demanda por admisión parcial de su pericial), entonces debe examinar si concurría o no una situación de asimetría informativa acusada entre las partes. En caso positivo, todavía puede estimar alternativamente los daños sufridos por el actor, tomando en consideración la prueba practicada o recurriendo a cualquier otra clase de materiales: es una actividad intelectual propia del juez, no de las partes, ni circunscrita al proceso de manera estricta. En otro caso, debe desestimar la demanda, pues no estará moderando los resultados de la prueba traída al proceso, sino ejerciendo una facultad alternativa de cuantificación cuando no existen los presupuestos que permiten hacerlo, pues solo está admitida allí donde no ha sido posible para el actor realizar una actividad probatoria usual".

Siempre y cuando la actora haya intentado probar el daño siguiendo uno de los métodos previstos en la Guía Práctica pero las conclusiones no satisfagan por apreciarse asimetría informativa y dificultad probatoria, procede recurrir a la estimación judicial, al no constatarse que la pericial del demandado esté mejor fundada que la del actor ni determina una alternativa mejor razonada.

Estimación del importe de los daños que se realizará en atención al contenido de las periciales y demás material que conste en las actuaciones o en la jurisprudencia menor. Y, en consecuencia, apreciando la dificultad probatoria y atendiendo a los dos criterios expuestos, se estima parcialmente la reclamación fijando un 5 % de la cantidad satisfecha del precio de compra.

SEXTO.- Intereses.



El derecho al pleno resarcimiento comprenderá la indemnización no solo del daño emergente y el lucro cesante, también el pago de los intereses. (art. 72.2 LDC y 1.1 Guía Práctica). No operando, por tanto, la regla *in Illiquidis non fit mora*. Los intereses, por tanto, no se devengan desde la sentencia que declare el derecho al resarcimiento sino desde que se produjo el daño. Y en nuestro caso, tuvo lugar al adquirirse los camiones. Y en las adquisiciones a través de arrendamiento financiero, siguiendo la línea establecida en la SAP, Valencia, núm. 1384/2020, de 9 de febrero, entre otras, el devengo de intereses se calcula no desde el pago de las cuotas sino desde la fecha del contrato porque el precio se fija en e momento de la adquisición.

SÉPTIMO.- Defensa por repercusión del sobrecoste. (*The passing on defence*).

Respecto del hecho extintivo de haberse repercutido el daño emergente padecido, procede razonar lo siguiente.

La procedencia de tener en cuenta en la determinación de los daños y perjuicios causados por infracción del Derecho de la competencia la incidencia de la repercusión de sobrecostes en el mercado se encuentra con el problema de la incertidumbre y dificultad de su acreditación. No obstante, no debemos olvidar que, en ocasiones, tal dificultad probatoria se presenta también en la propia acreditación y cuantificación de los daños. Sin que, a su vez, quede claro en la doctrina de la Sala Primera con la sentencia del "Cártel del azúcar" si la producción del daño y la alegación de su repercusión "aguas abajo" tendrían el mismo juego probatorio en el proceso y, mucho menos, la procedencia de la estimación judicial del último.

Precisamente esta dificultad probatoria es lo que justifica que en el sistema *untitrust* estadounidense se adopte un sistema de compensación de daños eminentemente punitivo y se obvie cualquier eventual repercusión de los daños. En realidad, no solo la dificultad probatoria. La complejidad procesal que conlleva aceptar el *passing on*, y a su vez, la incerteza que los compradores indirectos reclamen y, por tanto, se esté facilitando la impunidad o beneficio del infractor, es lo que justifica la postura.

En Europa, sin embargo, se rehúye de todo enfoque sancionador en la aplicación privada del Derecho de la competencia. Se busca el pleno resarcimiento, la indemnizad; dejar las cosas como si no se hubiera sufrido las consecuencias de la infracción y, en consecuencia, teniendo presente que el daño repercutido ya no es tal, se introducen elementos equilibradores que permitan eludir todo enriquecimiento injusto.

En la instancia se considera que la doctrina del *passing on* que contempla la directiva es una disposición de naturaleza sustantiva, no procesal y, por tanto, no resulta de aplicación al caso de autos. Sin embargo, la doctrina bebe del principio de la prohibición del enriquecimiento torticero y tiene un amplio tratamiento en nuestros tribunales si bien sin mucho recorrido en supuestos de responsabilidad extracontractual.

En cualquier caso, obviamente, el demandado que alegue el *passing on* no puede beneficiarse de la presunción de la existencia de la repercusión del sobrecoste que se prevé en la directiva y se traspuso en el artículo 79.2 de LDC en beneficio del comprador indirecto. Como determina el artículo 78.3, párrafo segundo, LDC, "la carga de la prueba de que el sobrecoste se repercutió recaerá en el demandado, que podrá exigir, en una medida razonable, la exhibición de pruebas en poder del demandante o de terceros".

El demandado, sin embargo, desatiende estas reglas de la carga de la prueba. Increpa las conclusiones del informe pericial de contrario, pero obvia que es al demandado a quien compete alegar y probar la existencia de la repercusión del sobrecoste. El demandado limitándose a criticar lo que se sostiene por el demandante y sin solicitar datos ni intentar probar nada, se limita a exponer un escenario posible: que dado que el coste de adquisición y amortización de los camiones es uno de los principales gastos en los que incurre quien presta servicios de transporte, "es previsible que cualquier posible incremento de uno de los principales costes de la actividad se haya visto reflejado en un incremento de las tarifas, o lo que es lo mismo que se haya repercutido por la parte actora a sus clientes". Llegándose a atribuir la carga de la prueba a la actora.

A su vez, en el planteamiento se desatiende dos aspectos fundamentales.

En primer lugar, aunque el planteamiento de la defensa del *passing on* se realice de forma subsidiaria, que su sola alegación implica la admisión que la conducta colusoria no solo conllevó daño anticompetitivo en el mercado, sino que el demandante sufrió el daño cuyo resarcimiento pretender.

Y, en segundo lugar, que, si la razón de ser de la institución es evitar que se produzca un enriquecimiento injusto indemnizando daños ya resarcidos con la repercusión, la tutela que se otorgase no podría amparar otro enriquecimiento injusto a través de la impunidad del infractor. Dada la inexistencia de previsiones específicas sobre *class action*, aunque la actual directiva facilita el acceso a fuentes y la carga de la prueba (art. 79 LDC) sólo debería ser admisible la apreciación del *passing on* si estuvieran determinados los sujetos a los que se repercutió los sobrecostes y fuese probable que reclamasen su resarcimiento.

Por estos motivos, carece de cualquier trascendencia la falta de aportación de datos relativos al precio de la reventa de los vehículos.

**OCTAVO.- Costas.**

El art. 394.1 LEC establece que " *En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho*".

Siguiendo la doctrina establecida en la sentencia del TJUE de fecha 16 de febrero de 2023 recaída en el asunto C-312/21, no ha lugar a la imposición de costas.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que: ESTIMANDO PARCIALMENTE COMO ESTIMO la demanda presentada por D. Gonzalo , con Procurador Sr. Vall Cava del Llano, frente a la mercantil BMW IBÉRICA S.A.U., con Procuradora Sra. Gaya Font, **DEBO CONDENAR Y CONDENO** a la demandada a pagar a la actora **el 5% del precio de venta del vehículo en la cuantía acreditada en la presente litis (IVA no incluido)**, más los intereses legales desde la fecha de pago. Sin expresa condena en costas.

MODO DE IMPUGNACIÓN.: Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que, contra la misma cabe interponer **RECURSO DE APELACIÓN**, para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, el cual se interpondrá por medio de escrito presentado ante este Juzgado dentro del plazo de **VEINTE DÍAS**, a partir del siguiente al de su notificación en la forma establecida en el artículo 458 de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Asimismo, adviértase a las partes que el recurso no se admitirá a trámite si no acreditan, **al interponerlo**, haber constituido, mediante su consignación en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado, **un depósito por importe de 50 euros**, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, así como el **importe de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el orden jurisdiccional civil** establecida por la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (BOE núm. 280, de 21 de noviembre de 2012), modificada por el Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita (BOE núm. 47, de 23 de febrero de 2013), modificada nuevamente por el **artículo 11 del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero** , de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2015).

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Ilma. Magistrado Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de la que yo, la LAJ, doy fe.