



Roj: **SJM PO 3050/2023 - ECLI:ES:JMPO:2023:3050**

Id Cendoj: **36038470032023100010**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **3**

Fecha: **01/09/2023**

Nº de Recurso: **194/2022**

Nº de Resolución: **93/2023**

Procedimiento: **Juicio verbal**

Ponente: **AMELIA MARIA PEREZ MOSTEIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

#### **XDO. DO MERCANTIL N. 3PONTEVEDRA**

**SENTENCIA: 00093/2023**

RUA PADRE FEIJOO, 1 - 18 º 36204 CIDADE DA XUSTIZA DE VIGO

**Teléfono:** 886218403 **Fax:** 886218405

**Correo electrónico:** mercantil3.vigo@xustiza.gal

Modelo: S40000

**N.I.G.:** 36038 47 1 2022 0300331

**JVB JUICIO VERBAL 0000194 /2022**

Procedimiento origen: /

#### **Sobre TRANSPORTES**

DEMANDANTE D/ña. Luis Francisco

Procurador/a Sr/a. ANA MARIA PAZO IRAZU

Abogado/a Sr/a. SARA RODRIGUEZ VILA

DEMANDADO D/ña. BMW IBERICA SA

Procurador/a Sr/a. ANDRES GALLEGO MARTIN-ESPERANZA

Abogado/a Sr/a.

#### **SENTENCIA 93/2023**

En Vigo, a uno de septiembre de dos mil veintitrés

Vistos por Doña Amelia María Pérez Mosteiro, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra (sede en Vigo), los presentes autos del procedimiento **verbal núm. 194/2022**, en el ejercicio de una acción de resarcimiento por daños por prácticas restrictivas de la competencia promovida por **DOÑA Luis Francisco , mayor de edad, titular del NIF NUM000** , representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Pazo Irazu y asistida por la Letrada Sra. Rodríguez Vila, frente a la entidad **BMW IBERICA, S.A.U.** representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Gallego Martín-Esperanza y asistido por el Letrado Sr. Magallares Bendicho y el Letrado Sr. Fabregat Marianini, en la que ha recaído la siguiente resolución,

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En fecha 10 de mayo de 2022 se registró con el núm. 1.726/2022, telemáticamente, la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Pazo Irazu, actuando en representación de Doña Luis Francisco , en el ejercicio de una acción de resarcimiento al amparo de lo dispuesto en el art. 1902 CC fundada



en prácticas restrictivas de la competencia contra la entidad mercantil BMW Ibérica, SAU (en adelante BMW) a tramitar por los cauces del procedimiento ordinario, en la que se fijó la cuantía de la demanda en la suma de 3.323,38€.

En la citada demanda tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que se estimó de aplicación finalizó con la súplica en la que se interesaba:

"(...) se dicte Sentencia por la que, estimando los hechos y alegaciones presentadas DECLARE:

1. La responsabilidad de la mercantil TOYOTA SLU en cuanto infractora o autora de la actuación anticompetitiva sancionada en la Resolución S/0482/13 de 28 de julio de 2015 dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), que sanciona a varias empresas infractoras, ENTRE ELLAS LA DEMANDADA al participar en la adopción e implementación de acuerdos de fijación de precios mediante determinación de descuentos máximos y en condiciones comerciales, y por un intercambio de información comercialmente sensible en el mercado español de la distribución de vehículos a motor, entre las empresas concesionarias, independientes y propios del fabricante de las marcas.

2. La condena al pago a mi mandante de la cuantía de 3.323,38€ (TRES MIL TRESCIENTOS VEINTITRÉS EUROS CON TRINTA Y OCHO CÉNTIMOS DE EURO), correspondiente al importe pagado en exceso por la compra del vehículo.

3. La condena a abonar la cantidad de 1.435,33€ (MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA EUROS CON TREINTA Y TRES CÉNTIMOS DE EURO), correspondiente a los intereses legales producidos por la cantidad cobrada por la demandada en exceso, desde la fecha de pago, hasta la interpelación judicial del presente procedimiento.

4. La Condena al pago de los intereses procesales desde la interposición de la presente demanda hasta el completo pago de lo declarado en Sentencia.

5. Todo ello con expresa imposición de las costas. (...)"

**SEGUNDO.**- Por Decreto, de fecha 21 de septiembre de 2022, se acordó admitir a trámite la anterior demanda, dándose traslado de la misma, y de los documentos adjuntos, así como del Decreto de admisión, a la parte demandada para que contestase por escrito en plazo de diez días con los apercibimientos legales e inherentes a este emplazamiento.

En fecha 20 de octubre de 2022 se registró, con el núm. 3.745/2022, el escrito presentado por la representación procesal de la mercantil demandada, contestando a la demanda.

En la referida contestación la parte demandada se oponía a las pretensiones de la parte actora, señalando como motivos de oposición, así:

i) No existe relación de causalidad entre la conducta sancionada por CNMC y atribuida a BMW y el "presunto" daño que la parte actora imputa en la demanda.

ii) Prescripción de la acción ejercitada por el transcurso de más de un año: ausencia de remisión de reclamación extrajudicial alguna por la parte demandante a BMW ibérica durante el año siguiente a la publicación de la resolución.

iii) Respecto de la conducta sancionada, se trata de una infracción por objeto no por efecto.

iv) El demandante no acredita la existencia de un daño en forma de sobreprecio soportado en la adquisición del vehículo, ni tampoco en la contratación del servicio de postventa en relación con el cual reclama.

v) Inexistencia de sobreprecio: las conductas sancionadas no han originado sobre precio.

vi) Falta de prueba para acreditar el daño.

Expuestos los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación finalizó con la súplica en la que interesaba la desestimación de la demanda con costas.

**TERCERO.**- Por diligencia de ordenación, de fecha 2 de febrero de 2023, se tuvo por contestada la demanda. En la mencionada resolución se acordaba citar a las partes a la celebración de juicio, quedando la misma señalada para el día 16 de febrero de 2023.

La fecha prevista para la celebración de juicio tuvo que ser modificada por las circunstancias que constan en los autos, señalándose nuevamente para el día 11 de abril de 2023.

**CUARTO.**- El día señalado para la celebración de juicio comparecieron la parte actora representada por Procurador y asistida de Letrado, haciéndolo también la parte demandada, con su representación procesal y asistencia letrada.



Abierto el acto, se procedió a la práctica de la prueba pericial en atención a los informes periciales de las partes unidas-. Así que practicada la prueba propuesta- las partes evacuaron conclusiones quedando lo autos vistos para dictar sentencia.

**QUINTO.-** En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales con excepción del plazo para dictar sentencia por la carga de trabajo de este Juzgado.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.-** Objeto de litigio. Pretensiones de las partes

La actora interpone demanda dirigida contra BMW Ibérica, SAU de quien reclama 3.323,38€ en concepto de principal, así como los intereses legales devengados desde la fecha de adquisición del vehículo y las costas, como consecuencia de los perjuicios que refiere sufridos por el sobreprecio pagado por la compra del vehículo:

- Marca BMW, modelo UK51-116d 3 puertas, bastidor núm. NUM001 , por importe de 22.500,00€ (que se desglosa en 19.396,55€ de principal y 3.103,45€ correspondiente al 16% IVA, fecha de adquisición el 23/09/2009.

En la demanda se ejercita una acción "follow on" derivada de una previa sanción por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC) declarada en resolución del expte. NUM002 Fabricantes de automóviles de fecha 23 de julio de 2015- confirmada por Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional de fecha 27/12/2019 núm. de recurso 624/2015 (JUR/2020/82052); y ratificada, con desestimación del recurso de casación interpuesto frente a la anterior resolución por Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Secc. 3ª de fecha 07/06/2021 núm. de recurso 5.428/2020 (Roj: STS 2286/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2286)-.

La parte demandada se opuso a lo pretendido de contrario, alegando como motivos de oposición sucintamente expuestos, los siguientes:

- i) No existe relación de causalidad entre la conducta sancionada por CNMC y atribuida a BMW y el "presunto" daño que la parte actora imputa en la demanda.
- ii) Prescripción de la acción ejercitada por el transcurso de más de un año: ausencia de remisión de reclamación extrajudicial alguna por la parte demandante a BMW Ibérica durante el año siguiente a la publicación de la resolución.
- iii) Respecto de la conducta sancionada, se trata de una infracción por objeto no por efecto.
- iv) La parte demandante no acredita la existencia de un daño en forma de sobreprecio soportado en la adquisición del vehículo, ni tampoco en la contratación del servicio de postventa en relación con el cual reclama.
- v) Inexistencia de sobreprecio: las conductas sancionadas no han originado sobre precio.
- vi) Falta de prueba para acreditar el daño.

Fijados en los anteriores términos las pretensiones y posiciones de las partes, procede señalar a continuación, los hechos que se consideran probados.

### **SEGUNDO.-** Hechos probados

En el presente procedimiento son hechos probados, ex art. 326 LEC en relación con el art. 319 ambos de la LEC, a tenor de la prueba documental obrante en autos, así como de la valoración, según las reglas de la sana crítica, de la pericial practicada a instancia de cada una de las partes litigantes, los siguientes:

1. La parte actora es titular del vehículo marca BMW, modelo UK51-116d 3 puertas (bastidor núm. NUM001 ), por importe de 22.500,00€ (que se desglosa en 19.396,55€ de principal y 3.103,45€ correspondiente al 16% IVA), fecha de adquisición el 23/09/2009.
2. La compra del vehículo se formalizó en el concesionario oficial de BMW en Ourense AUTOGAL, SA.
3. El 23 de julio de 2015 la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el expediente NUM002 , Fabricantes de automóviles, resolvió:

*"(...) Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Sexto de esta Resolución.*

SEGUNDO.- De acuerdo con la responsabilidad atribuida en los Fundamentos de Derecho Sexto y Séptimo, declarar responsables de las citadas infracciones a las siguientes empresas: (...)"

Entre las empresas infractoras sancionadas está la demandada:

"3. BMW IBÉRICA, S.A.U. 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, postventa y marketing, desde junio de 2008 hasta agosto de 2013."

A quien la comisión impuso una sanción por importe de: 8.031.780,00€.

4. En la resolución de la CNMC se identifican tres escenarios o foros en los que las entidades infractoras procedían al intercambio de información, así señala:

"1. Intercambios de información comercialmente sensible sobre la estrategia de distribución comercial, los resultados de las marcas, la remuneración y márgenes comerciales a sus Redes de concesionarios con efecto en la fijación de los precios de venta de los automóviles, así como en la homogeneización de las condiciones y planes comerciales futuros de venta y posventa de los automóviles en España desde, al menos, 2004, hasta julio de 2013, fecha de la realización de las inspecciones citadas. En estos intercambios habrían participado 20 empresas distribuidoras de las marcas AUDI, BMW, CHEVROLET, CITROEN, 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, CITROEN, 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, CITROEN, FIAT, FORD, HYUNDAI, MAZDA, NISSAN, OPEL, PEUGEOT, SEAT, SKODA, TOYOTA, VW, LEXUS, RENAULT, SAAB y VOLVO, desde abril de 2010 a marzo de 2011".

En los tres escenarios está presente la demandada BMW destacando su presencia: en el primero de los escenarios- "club de marcas"- que se extiende temporalmente al menos desde el 2004, hasta julio de 2013, si bien BMW participó en el "club de marcas" desde junio de 2008 hasta noviembre de 2009; en el segundo de los escenarios- "Programas de Intercambio de información de indicadores postventa" "foros de directores postventa"- se extiende desde la creación al menos desde marzo de 2010 hasta agosto de 2013; y en el tercero de los foros o escenarios- jornadas de constructores- participó al menos desde abril de 2010 hasta marzo de 2011.

5. La Resolución dictada por la CNMC fue confirmada por Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional de fecha 27/12/2019 núm. de recurso 624/2015 (ECLI:ES:AN:2019:5028); y ratificada, con desestimación del recurso de casación interpuesto frente a la anterior resolución por Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Secc. 3ª de fecha 07/06/2021 núm. de recurso 5.428/2020 (ECLI:ES:TS:2021:2439).

6. La parte demandante reclamó extrajudicialmente los daños causados en fecha 01/03/2022, entregado en fecha 02/03/2022- vid. docs. 3 y 4-, y constatación remitida por BMW departamento de clientes en fecha 02/03/2022.

7. La Resolución de la Comisión, y su ratificación judicial, permite afirmar que:

i) El mercado afectado es el mercado nacional.

"(...) prácticas anticompetitivas afectaban a la distribución y comercialización de vehículos nuevos, usados, recambios y accesorios, así como a la prestación de actividades y servicios posventa por parte de las principales marcas de vehículos automóviles en todo el territorio español. Ello configura como mercados afectados el de la distribución y comercialización de los vehículos automóviles en España, incluyendo la venta de automóviles

nuevos y usados, recambios y accesorios, a través de las redes de distribución selectiva de las marcas, y el de la prestación de los servicios de posventa en España que también realizan las marcas a través de la red oficial de concesionarios y talleres oficiales".

ii) Se trató de "(...) infracción por objeto toda vez que los intercambios de información versaron sobre datos de naturaleza estratégica y comercial que se podrían haber obtenido de otro modo, con aptitud per se para reducir la incertidumbre y favorecer la coordinación y el objetivo de restringir la competencia, con la consecuencia necesaria de que el consumidor no se benefició de los menores precios de mercado que pudieran resultar de políticas comerciales más agresivas consecuencia del desconocimiento de las propuestas de los competidores"- SAN de 27/12/2019-.

iii) "La información compartida consiste en gran parte en elementos que afectan de forma relevante a los precios y a su estructura y sustentan la calificación de restricción por objeto como razona la CNMC";

iv) "La información transmitida se refería a aspectos tales como remuneración y márgenes comerciales de las redes de concesionarios con influencia en el precio final de venta y en las condiciones de políticas y estrategias comerciales y permitía a las empresas participantes conocer la actuación de sus competidores a través de datos desagregados que se comunicaban de forma sistemática, secreta, periódica y restringida para su propio beneficio, reduciendo la incertidumbre en procesos de determinación de precios y en las condiciones comerciales afectando gravemente la independencia con la que cada operador debe actuar en el mercado".

8. Aun cuando los intercambios de información se produjeron en tres escenarios distintos la infracción es única pues se plantea y planifica de un modo único que incluye la venta de un vehículo y la prestación de un servicio postventa. Ello es así en tanto que un buen servicio postventa contribuye muy positivamente al índice de recompra de vehículos de la marca.

9. La infracción fue única y continuada consistiendo en un intercambio de información confidencial comercialmente sensible, actual y futura, altamente desagregada, como parte de un acuerdo complejo, que subsume múltiples acuerdos en ejecución de un plan preconcebido aprovechando idéntica ocasión generada por foros específicos de comercialización y postventa.

Fijados los hechos relevantes para la resolución esta contienda la controversia se centra en determinar: i) la legitimación activa de a parte actora; ii) la prescripción de la acción entablada; iii) la determinación del alcance e incidencia que la decisión de la CNMC pueda tener en la venta de vehículos a los destinatarios finales; iv) la determinación de la carga de la prueba de daños; v) la valoración de las pruebas periciales presentadas por las partes para determinar si se produjo finalmente daño a la parte demandante y la cuantía del mismo.

**TERCERO.- Legitimación activa. Condición de perjudicado de la parte actora. Legitimación pasiva**

La legitimación activa de la parte demandante ha quedado suficiente acreditada a tenor de la documental aportada, en tanto es un hecho incuestionable que se ha pagado el precio total por la compra del vehículo.

La parte demandante aporta con la demanda: la factura de compra del vehículo.

Todos estos documentos permiten considerar que la parte actora es titular del vehículo objeto de litis.

En cuanto a la legitimación pasiva la misma viene determinada por la acción entablada por la parte actora en tanto se ejercita una acción consecutiva o de seguimiento para la indemnización de daños y perjuicios, respecto de la Resolución de la CNMC de 23 de julio de 2015, de sanción del cártel de los fabricantes de vehículos por intercambio de información, siendo una infracción por objeto.

A ello se debe añadir que, aun cuando como refiere la parte demandada que BMW solo participó en el "club de marcas", primero de los escenarios de intercambio de información desde junio de 2008 hasta noviembre de 2009. Lo cierto es que está presente en los otros dos foros de intercambio de información hasta el fin del período de infracción. Por lo que esté motivo de oposición a la demanda debe ser rechazado, por lo que a continuación se pasa a exponer.

En los tres foros se produjeron intercambios de información, con evidente frecuencia- mensual, trimestral y anual, unos con mayor habitualidad que otros-, siendo relevante que la información transmitida, incluida la relativa a los servicios postventa y de marketing, tuvo incidencia en la fijación de precios.

La variedad y diversidad de la información transmitida se efectuó en tres tipologías de foros, que ni se asocian a tres tipos de infracción, ni se pueden delimitar por materia o tema, o por clase de información transmitida con la claridad que pretende la parte demandada- para excluir de la practica colusoria, por la fecha de compra el vehículo al actor-.





Los foros no se centran, ni se definen por una clase o tipo de información transmitida, es decir: el club de marcas solo trato de intercambios de información de vehículos nuevos; el de directores postventa solo de vehículos usados mantenimiento y piezas de recambio...; o las jornadas de constructores solo marketing posventa, campañas de marketing al cliente final.... En todas ellas, como resulta de la resolución de la CNMC, y se confirma en las Sentencias de la Audiencia Nacional y en la Sentencia del Tribunal Supremo, se transmitía información que contenía gran cantidad de datos, rentabilidad y facturación de las redes de concesionarios que afectaba a vehículos nuevos y usados, actividades postventa, márgenes comerciales ..., campañas de marketing.... Lo que permite afirmar que los intercambios de información y datos en estos tres foros afectó de forma relevante a los precios, a la estructura y a la competencia en el mercado. La información transmitida se refería, en los tres escenarios a aspectos tales como la remuneración y márgenes comerciales de las redes de concesionarios con influencia en el precio final de venta y en las condiciones de políticas y estrategias comerciales y permitió a las empresas participantes conocer la situación de sus competidores reduciendo la incertidumbre en proceso de determinación de precios y en las condiciones comerciales afectando gravemente la independencia con la que todo operador debe actuar en el mercado.

Es importante destacar, en este ámbito, que la transmisión e intercambio de precios, y el conocimiento de los precios fijados por los competidores respecto de las piezas del vehículo, aun cuando sea para fijar estrategias de servicios postventa, está íntimamente relacionada con la producción de vehículos nuevos cuyas piezas, en la mayoría de los casos, no son fabricadas por las propias marcas sino por sus proveedores, proveedores de los que adquieren no solo las piezas de recambio para servicios postventa sino las piezas para proceder al ensamblaje de los vehículos nuevos.

Por ello, toda la estrategia seguida por los fabricantes sancionados no se puede tratar como compartimentos estancos, en atención al nombre de los foros o escenarios de intercambio de información, sino que hay que entenderlo como un todo basado en un plan preconcebido y programado para tratar de mantener el carácter secreto y reservado de las reuniones, buscando ocultar y enmascarar el objeto de estas, para impedir ser descubiertos, cambiando de denominación de formar de transmitir la información y adoptando medidas para reforzar el carácter secreto, no ser "pillados", incluso cuando los miembros del Club de Marcas analizaron la posible ilicitud de los intercambios de información realizados.

En consecuencia, no estamos ante tres conductas infractoras, sino ante tres foros o escenarios en los que se intercambió información de distinto orden, pero como única infracción continuada en el tiempo.

#### **CUARTO.- Normativa aplicable**

Con carácter previo a entrar a analizar las cuestiones referidas a la prescripción de la acción ejercitada y a la prueba de los daños, es preciso señalar la normativa aplicable para resolver este procedimiento.

El régimen legal aplicable, tomando en consideración las conductas infractoras sancionadas y la fecha de comisión de los hechos, es el previsto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC)- modificada por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores-.

A estos efectos, el de determinación de la norma aplicable, cabe señalar que, en consideración a la fecha de comisión de la conducta infractora- inicio y fin-: por un lado, no resultan de aplicación las modificaciones introducidas en la LDC con motivo de la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2014/104, de 26 de noviembre de 2014.

La propia Directiva 2014/104, en su art. 22 rubricado "aplicación en el tiempo", determina que:

*"1. Los Estados miembros se asegurarán de que las medidas nacionales adoptadas en virtud del artículo 21 a fin de cumplir con las disposiciones sustantivas de la presente Directiva no se apliquen con efecto retroactivo.*

*2. Los Estados miembros se asegurarán de que ninguna medida nacional adoptada en virtud del artículo 21, distinta de aquellas a las que se refiere el apartado 1, se aplique a las acciones por daños ejercitadas ante un órgano jurisdiccional nacional antes del 26 de diciembre de 2014. los estados miembros aseguren que las medidas nacionales, conforme el art. 21 no se apliquen con carácter retroactivo."*

De forma que, la Disposición Transitoria Primera del Real Decreto-ley 9/2017 advierte que:

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

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

Por lo tanto, respecto al derecho sustantivo, se establece su carácter no retroactivo, y respecto al derecho procesal, se aplicará la nueva normativa, según el citado Real Decreto.



Esta precisión es importante:

Por un lado, en cuanto a la determinación de la acción entablada que, en este caso, será la acción de reclamación por daños prevista en el art. 1902 CC, a la vista de la fecha de comisión de los hechos.

Por otro lado, incide en el plazo para el ejercicio de la acción, a lo que se aludirá en posterior fundamento de derecho.

En este sentido se han pronunciado entre otras:

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, de 28/01/2022 (ECLI:ES:APM:2022:796) que establece FD quinto:

*"El comportamiento infractor se estuvo produciendo entre el 17 de enero de 1997 y el 18 de enero de 2011. Esa es la referencia cronológica de interés. Porque la aplicación de la Directiva 2014/104/UE no se determina en función de la fecha de la resolución de la autoridad de Competencia o del momento de interposición de la demanda. Como el sustento para las acciones de responsabilidad por daños hay que buscarlo en la propia conducta anticompetitiva hay que atender al marco jurídico que era aplicable cuando ella se produjo. Por lo que en el caso que nos ocupa no podemos acudir a la aplicación de la Directiva 2014/104/UE y a su norma de transposición al Derecho español, el Real Decreto Ley 9/2017 (que modificó la Ley 15/2007, de Defensa de la competencia), dado que la fecha de ocurrencia de los hechos es anterior a la vigencia de esas normativas. El principio de interpretación conforme a directiva tiene su límite en los postulados de la no retroactividad y de la seguridad jurídica que rigen en el Derecho de la Unión, por lo que los acontecimientos que aquí nos ocupan quedan fuera de su ámbito de aplicación temporal. La irretroactividad de la nueva norma sustantiva está además enunciada en el artículo 22 de la Directiva y en la disposición transitoria primera del RDL 9/2017 .*

*La acción de reclamación debe quedar sustentada, por lo tanto, en la tradicional responsabilidad civil extracontractual ( artículo 1902 del C. Civil y sentencia de la Sala 1ª del TS 651/2013, de 7 de noviembre , sobre el cártel del azúcar), en relación con las previsiones contenidas en el artículo 101 del TFUE , que considera ilícitos los acuerdos colusorios, y en el artículo 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. A la luz, todo ello, de la jurisprudencia que emana del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), dado que se trata de materia que interesa al Derecho comunitario.*

*Ahora bien, la conclusión favorable a la producción de daño por causa de una conducta anticompetitiva ya podía efectuarse acudiendo al mecanismo jurídico del establecimiento de presunciones, incluso en los escenarios previos a los de la aplicación de la Directiva 2014/104/UE de daños, atendiendo al Derecho nacional y conforme al principio de efectividad. Lo que ocurre es que no bastará con la acreditación de un modo inespecífico del sufrimiento de daño, sino que resultará preciso aportar también los elementos de juicio precisos para que pueda procederse a la cuantificación en el caso concreto de cuál fue su magnitud, con arreglo a un estándar de prueba que permita apreciarlo con un mínimo de objetividad, huyendo así de la pura arbitrariedad. De lo contrario, se estaría abriendo la puerta a la reclamación de cualquier cifra en el seno de una demanda judicial sin consideración alguna a cuáles hubieran sido las verdaderas consecuencias concretas padecidas por el demandante, que es lo que justificaría que éste obtuviera una indemnización a cargo de la contraparte."*

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, de 18 de noviembre de 2021, (ECLI:ES:APB:2021:13564):

*"Sobre esta cuestión ya nos pronunciamos en las sentencias referidas al cártel de los sobres - Sentencia de 13 de enero de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:184), por todas- donde argumentábamos que vistas las fechas de los actos colusorios e interposición de las acciones no resultaba de aplicación el principio de la interpretación conforme, dado que en esas fechas no había finalizado el plazo de transposición de la Directiva, por lo que no cabe la interpretación del derecho nacional (que contiene una regulación completa) conforme a la Directiva de daños.*

*20. En el presente caso- en línea con la Sentencia relativa al cártel de los camiones de 17 de abril de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:2567)- debemos llegar a la misma conclusión puesto que estamos ante actos colusorios llevados a cabo en el período comprendido desde 1997 hasta 2011, el vehículo se adquiere en el año 2004 y la presente demanda se interpone en abril de 2018. Por su parte la Directiva de Daños ( Directiva 2014/104/UE ) entra en vigor el 27.12.2014, por lo que mientras dura la infracción ni se había publicado ni transpuesto la Directiva de Daños al Derecho español -que se produjo mediante el citado Real Decreto-ley 9/2017- ni había finalizado su período de transposición -que terminaba el 27 de diciembre de 2016."*

La Sentencia del TJUE de 22 de junio de 2022 (ECLI:EU:C:2022:494) corrobora este criterio interpretativo, aunque lo hace con algún matiz ya que permite aplicar la Directiva para cuestiones de índole procesal, pero no para aquellas de carácter material. En concreto, respecto de la posibilidad de aplicar la presunción de existencia



de daño como consecuencia de una infracción de derecho de la competencia, el Tribunal es concluyente (§104):

*"Teniendo en cuenta el artículo 22, apartado 1, de la Directiva 2014/104, procede considerar que la presunción iuris tantum establecida en el artículo 17, apartado 2, de esta Directiva no puede aplicarse racione temporis a una acción por daños que, aunque fue ejercitada con posterioridad a la entrada en vigor de las disposiciones nacionales que transpusieron tardíamente dicha Directiva al Derecho nacional, se refiere a una infracción del Derecho de la competencia que finalizó antes de que expirara el plazo de transposición de tal Directiva."*

Ahora bien, que ello sea, no impide que, como señaló la Audiencia Provincial de Pontevedra- si bien en relación con el cartel de camiones- que, *"result[e]a posible inferir reglas de interpretación de los requisitos de aplicación del art. 1902 sustantivo singulares o específicas en el ámbito del Derecho de la competencia, que cubren los dos aspectos en discusión: presunción y cuantificación del daño"* - SAP de Pontevedra, Sección 1ª, del 31 de julio de 2020 entre otras-Así la Sentencia de esa misma AP, y sección SAP, Civil sección 1 del 31 de julio de 2020 (ECLI:ES:APPO:2020:1438), señala:

*"34. Ninguno de los principios de Derecho comunitario atinentes a la aplicación de las Directivas puede resultar de aplicación al caso, porque la acción de daños ejercitada queda fuera de su ámbito de aplicación. Tampoco, por tanto, el principio de interpretación conforme de la Directiva, que exige el respeto al principio de irretroactividad de las normas. El principio de interpretación conforme tiene como finalidad asegurar la vigencia del Derecho comunitario, evitando que la transposición tardía de las Directivas frustre la finalidad de la norma y la aplicación de los principios de la primacía y del efecto directo del Derecho de la Unión. No obstante, en interpretación jurisprudencial (cfr. SSTJ 8.10.1987 y 4.7.2016), el principio de interpretación conforme permite a los tribunales interpretar el ordenamiento jurídico nacional desde el momento de la entrada en vigor de una directiva, " de manera tan amplia que permita llegar a un resultado compatible con el objetivo perseguido por ésta". Sin embargo, en el caso el principio de interpretación conforme no puede fundamentar la decisión del caso, toda vez que la Directiva no se encontraba en vigor, -ni sus normas sustantivas, ni sus normas procesales, en el período considerado: entre su publicación y la finalización del plazo de transposición. Con todo, debe advertirse que el repetido principio de interpretación conforme tiene un campo de actuación muy limitado en el caso, - como aquí sucede-, de que el ordenamiento nacional en cuestión no se aparte de los fines generales explicitados en las normas comunitarias. Como se verá, consideramos que ésta es la situación del ordenamiento español en el escenario anterior a la entrada en vigor de la Directiva.*

*35. En consecuencia, y por lo que se refiere al concreto problema planteado, el hecho de que no encuentren aplicación directa los principios de interpretación de las directivas no impide que las normas nacionales aplicables al caso por razones temporales no permitan, -en los dos singulares aspectos que se plantean en el recurso: realidad del daño y cuantificación-, razonar en la forma que lo hace la sentencia de primera instancia. Como señalamos anteriormente, desde el punto de vista material no existen dudas sobre que la norma jurídica aplicable para resolver el litigio viene constituida por el art. 1902 del Código Civil, como norma nacional de articulación de las acciones de daños derivadas de las infracciones privadas del Derecho de la competencia (cfr. STS 651/2013, de 7 de noviembre, cártel del azúcar). Estas acciones encontraban fundamento en la jurisprudencia comunitaria antes de la promulgación de la Directiva (SSTJ 20.9.2001, Courage, C-453/99, y 13.7.2006, Manfredi, C-295 y 298/04, entre otras), que enlazaron las acciones de daños con el Derecho primario ( arts. 80 y 81 TCEE, hoy arts. 101 y 102 TFUE ). Y de dicha doctrina jurisprudencial, nacional y comunitaria, resulta posible inferir reglas de interpretación de los requisitos de aplicación del art. 1902 sustantivo singulares o específicas en el ámbito del Derecho de la competencia, que cubren los dos aspectos en discusión: presunción y cuantificación del daño.*

*36. En suma, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, la presunción de la causación del daño a consecuencia de la conducta colusiva de los cárteles, y la posibilidad de la estimación judicial del daño en los casos de dificultad probatoria para su cuantificación, son principios plenamente vigentes en la interpretación del art. 1902 en el contexto de las acciones de daños, por las siguientes razones:*

*a.) porque a ellos se llega desde la aplicación del efecto directo del art. 101 TFUE, ("norma de orden público esencial para el funcionamiento del mercado interior", según la sentencia Manfredi), y del Reglamento 1/2003; normas que reconocían ya el derecho al pleno resarcimiento de los perjudicados por los perjuicios sufridos por infracciones del Derecho de la competencia;*

*b.) por la necesidad de tomar en cuenta los principios comunitarios de equivalencia y de efectividad, de modo que las normas nacionales, -el art. 1902-, no pueden aplicarse de manera descontextualizada, de manera que en la práctica hagan imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho de resarcimiento reconocido en el TFUE, ni en forma menos efectiva de la que resulte en el enjuiciamiento de demandas similares en el Derecho nacional;*





c.) la Directiva, a la vez que establece normas materiales y procesales novedosas, confirma el acervo comunitario sobre el ejercicio de las acciones de daños derivados de conductas infractoras del Derecho de la competencia; este acervo comunitario, sintetizado en las resoluciones del TJ mencionadas (sentencias Courage, Manfredi, Kone, entre otras), exige el respeto a aquellos principios, y establece criterios de valoración judicial del daño;

d.) otras disposiciones comunitarias, como la Comunicación de la Comisión sobre cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los arts. 101 y 102 TFUE, así como su Guía Práctica, reconocen igualmente el derecho al pleno resarcimiento, si bien dentro del marco de interpretación de las normas por parte del Derecho interno. La Guía Práctica, con cita del informe Oxera, reitera que estudios empíricos han demostrado que en el 93% de los casos examinados los cáteles ocasionan costes excesivos (vid. apartado 141), que concuerdan con otros estudios y con la práctica seguida por los tribunales (apartado 145); en la misma línea pueden citarse el Informe Ashurt de 2004, el Libro Verde de 2005, y el Libro Blanco de 2008.

e.) en Derecho español, la finalidad de la íntegra reparación del daño, como es notorio, ha determinado una evolución jurisprudencial en diversos aspectos de aplicación del art. 1902, tanto en materia de causalidad, como en la afirmación de una presunción sobre daños in re ipsa, ( SSTS 8.4 y 21.4.2014 , por todas);

f.) el principio de facilidad probatoria ( art. 217 Ley de Enjuiciamiento Civil ), y su aplicación jurisprudencial, modula, según es conocido, las reglas de distribución de la carga de la prueba; como expresa la Directiva, (considerando 14), las pruebas para acreditar la causación de daños y sus efectos no suelen estar al alcance de los demandantes, y esta realidad, -la disponibilidad probatoria-, ya era tenida en cuenta por el ordenamiento patrio, pese a la inexistencia de normas procesales específicas de acceso a fuentes de prueba;

g.) finalmente, la posibilidad de que los tribunales cuantifiquen el perjuicio sobre la base de estimaciones aproximadas o por consideración a razones de equidad, tampoco supone una técnica ajena o exorbitante a la interpretación jurisprudencial de la responsabilidad extracontractual. Así lo han entendido las resoluciones dictadas por diversos órganos judiciales al resolver exactamente la misma cuestión.

22. Desde esta Sala hemos sostenido reiteradamente que, aunque no resulten de aplicación ni la Directiva, ni la norma española de transposición, ni tampoco el principio comunitario de interpretación conforme, ello no impide razonar en la forma que lo hace la sentencia de primera instancia, en aplicación de la normativa nacional. En el plano material no existen dudas sobre que la norma jurídica aplicable para resolver el litigio viene constituida por el art. 1902 del Código Civil, como norma nacional de articulación de las acciones de daños derivadas de las infracciones privadas del Derecho de la competencia (cfr. STS 651/2013, de 7 de noviembre, cártel del azúcar). Estas acciones encontraban fundamento en la jurisprudencia comunitaria antes de la promulgación de la Directiva (SSTJ 20.9.2001, Courage, C- 453/99, y 13.7.2006, Manfredi, C-295 y 298/04, entre otras), que enlazaron las acciones de daños con el Derecho primario ( arts. 80 y 81 TCEE, hoy arts. 101 y 102 TFUE )".

#### **QUINTO.- Prescripción de la acción**

Establecido el marco normativo aplicable, entiende la demandada que la acción ejercitada por la actora había prescrito a la fecha de presentación de la demanda- 31/03/2022-, por haber transcurrido más de un año previsto en el art. 1968.2º CC, desde que la parte actora estuvo en condiciones de ejercitarla, desde la fecha del dictado de la resolución de la CNMC el 23 de julio de 2015.

El argumento sostenido por la parte demandada no se puede compartir.

En cuanto al cómputo del plazo, deba aplicarse y computarse desde la fecha de firmeza de la resolución de la CNMC, que adquirió con la desestimación del recurso de casación promovido por la demandada, es decir en fecha 7 de julio de 2021, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Secc. 3ª núm. de recurso 5.428/2020.

No tiene mucho sentido que la demandada haga una detallada defensa de sus pretensiones opositoras fundando esta causa de oposición en la fecha del dictado de la resolución de la CNMC- o su comunicación y reseña en periódicos no oficiales- pretendiendo que los perjudicados articulen su demanda a partir de la mencionada fecha. Ello es así por cuanto que:

1º. Para que la prescripción extintiva despliegue sus efectos es preciso concurren los requisitos siguientes: ser titular de un derecho, que sea apto para ser ejercitado; concurrir el abandono o la inacción de su titular durante los plazos fijados en las leyes; y que no existan actos, debidamente exteriorizados de conservación del derecho, que conformen legítimas causas de interrupción prescriptiva.

2º. Nuestro sistema procesal ante una pluralidad de procedimientos, con un objeto total o parcialmente idéntico, o cuya resolución pueda tener relevancia respecto a la cuestión litigiosa suscitada en otro nuevo proceso, reacciona mediante instituciones como la litispendencia, la cosa juzgada y la prejudicialidad, a fin de evitar innecesarios sobrecostes y una indeseable duplicidad de decisiones, eventualmente contradictorias.



3º. La regulación de la LDC antes de la modificación introducida por el Real Decreto Ley 9/2017, de 26 de mayo, no contemplaba el derecho al pleno resarcimiento de los perjudicados. La reforma introducida por la citada norma establecía en el art. 74 LDC;

*"Artículo 74. Plazo para el ejercicio de las acciones de daños.*

*1. La acción para exigir la responsabilidad por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de las infracciones del Derecho de la competencia prescribirá a los cinco años.*

*2. El cómputo del plazo comenzará en el momento en el que hubiera cesado la infracción del Derecho de la competencia y el demandante tenga conocimiento o haya podido razonablemente tener conocimiento de las siguientes circunstancias:*

*a) La conducta y el hecho de que sea constitutiva de una infracción del Derecho de la competencia;*

*b) el perjuicio ocasionado por la citada infracción; y*

*c) la identidad del infractor.*

*3. El plazo se interrumpirá si una autoridad de la competencia inicia una investigación o un procedimiento sancionador en relación con una infracción del Derecho de la competencia relacionados con la acción de daños. La interrupción terminará un año después de que la resolución adoptada por la autoridad de competencia sea firme o se dé por concluido el procedimiento de cualquier otra forma.*

*4. Asimismo se interrumpirá el plazo cuando se inicie cualquier procedimiento de solución extrajudicial de controversias sobre la reclamación de los daños y perjuicios ocasionados. La interrupción, sin embargo, solo se aplicará en relación con las partes que estuvieran inmersas o representadas en la solución extrajudicial de la controversia."*

Señalando a continuación el apartado primero del art. 75:

*"1. La constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad de la competencia española o de un órgano jurisdiccional español se considerará irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional español".*

Tomando en consideración lo expuesto, teniendo presente que la resolución de la CNMC no era firme y podía ser revocada, una interpretación coherente con lo expuesto impide que el cómputo del dies a quo, para el plazo de prescripción, se empiece a contar desde el 23/07/2015 y no desde la fecha de la firmeza de la resolución judicial por la que se constata la infracción cometida y se sanciona a las entidades infractoras por prácticas colusorias.

Por ello, partiendo de que el cómputo del plazo es cuando menos la fecha de la Sentencia dictada por el TS (07/06/2021) teniendo presente la de interposición de la demanda (31/03/2022) la acción no estaría prescrita, sin perjuicio claro está de la virtualidad interruptora de la prescripción de las reclamaciones extrajudiciales realizadas por la propia parte actora- realidad de estas reclamaciones que es un hecho no controvertido y conforme-.

**SEXTO.- Presupuestos de la acción de responsabilidad por daños, ex art. 1902 CC**

Entrando a examinar el fondo de la cuestión controvertida se niega, por la demandada, la concurrencia de los presupuestos de la acción prevista en el art. 1.902 CC que se ejercita.

Estos requisitos son:

1. Acción u omisión dolosa o culposa generadora de una conducta imprudente o negligente.

2. Causación de un daño.

3. Relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño.

En el supuesto sometido a enjuiciamiento son hechos probados (ya mencionados) relevantes para la resolución del litigio:

1. La condición de perjudicada de la parte actora a consecuencia de las prácticas colusorias desplegadas por la parte demandada, en tanto es titular del vehículo marca BMW, modelo UK51-116d 3 puertas, bastidor núm. NUM001 .

2. La decisión de 23 de julio 2015 dictada por la CNMC en el expediente NUM002 , Fabricantes de automóviles, que resolvió:



"(...) Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Sexto de esta Resolución.

3. En la citada resolución se establece- folio 25- que la demandada intervino en los tres foros- en los períodos de tiempo fijados en el fundamento de derecho segundo:

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

(...)

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.

(...)

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", (...).

No obstante, como se analizó en el fundamento de derecho tercero existe una única infracción que fue desde al menos el 2004 hasta agosto de 2013 lapso temporal en el que intervino la demandada.

4. Los intercambios de información confidencial comprendían, gran cantidad de datos:

- i) la rentabilidad y facturación de sus correspondientes Redes de concesionarios en total y desglosado por venta de automóviles y actividades de posventa;
- ii) los márgenes comerciales y política de remuneración ofrecida por las marcas a sus Redes de concesionarios;
- iii) las estructuras, características y organización de sus Redes de concesionarios y datos sobre políticas de gestión de dichas Redes;
- iv) las condiciones de sus políticas y estrategias comerciales actuales y futuras de marketing de posventa;
- v) las campañas de marketing al cliente final;
- vi) los programas de fidelización de sus clientes.

Además, se refleja en la propia resolución que:

"Los intercambios de información confidencial comprendían gran cantidad de datos: (...)

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

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

"Es incuestionable que información actualizada relativa a precios, cantidades, listas de clientes o costes de producción se refiere a elementos claros de estrategia competitiva y como regla general será calificada como información estratégica a los efectos de calificar la conducta. Ello no obsta para que, dependiendo



de las características concretas de los mercados afectados, elementos de información menos evidentes puedan también ser especialmente estratégicos y sensibles para la competencia. Tal es el caso de la amplia información intercambiada mediante las conductas objeto de este expediente, en lo relativo a aspectos tales como remuneración y márgenes comerciales a las Redes de concesionarios, con influencia en el precio final de venta fijado por éstos, así como condiciones de políticas y estrategias comerciales."

Finalmente, señala la CNMC en su resolución:

"Algunos elementos permiten valorar el grado de lesividad y el carácter dañino de la conducta dentro de las prohibidas por el artículo 1 de la LDC . En este sentido, la conducta no se ha materializado en una fijación explícita de precios o cantidades por parte de los partícipes si bien no cabe duda de que constituye un intercambio de información periódica, detallada, sensible y estratégica, con identificación de las marcas, sobre márgenes comerciales y políticas de retribución de las redes de concesionarios para eliminar incertidumbres sobre la evolución del mercado y asegurar su estabilidad, lo que se traduce en una significativa restricción de la competencia en la fijación de los precios finales y en la determinación de las condiciones comerciales de los automóviles distribuidos por las respectivas redes de concesionarios, así como de los servicios posventa prestados en ellos."- folio 92-

5. La STS de fecha 07/06/2021 señala en el fundamento de derecho tercero:

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

(...)

"No debe olvidarse que la información no pública referida a los márgenes comerciales con los que se opera sirve para conformar el precio final. Así, el incentivo ligado a la retribución variable (cumplimiento de objetivos, rappel de regularidad etc...) integra el precio y se presenta como el elemento competitivo principal entre los concesionarios de automóviles. De modo que el intercambio de información sobre dichos márgenes permite conocer a las empresas el precio final que se puede fijar y los márgenes de maniobra existentes, disminuyendo la competencia en el mercado. Así lo afirmamos ya en nuestra sentencia nº 1359/2018, de 25 de julio (rec. 2917/2016)".

En atención a lo expuesto, al contenido de la resolución de la CNMC y de los datos fácticos relevantes extraídos de la SAN y STS se puede concluir que:

1. Durante el período y lapso temporal que se mantuvo la infracción, existía intercambio de información entre las entidades mercantiles sancionadas por prácticas colusorias en el mercado.
2. Estas conductas infractoras, e intercambio de información tuvo reflejo en el precio de mercado de los vehículos comprados por los clientes finales.

La autoridad administrativa no tiene porqué analizar una posible infracción por efecto ya que, acreditado el objeto del intercambio de información, la administración podría imponer la sanción, sin necesidad de que hubiera una prueba directa e inequívoca del daño a los compradores finales. Es evidente que la infracción por objeto tuvo efectos en el mercado.

Por ello, se ha de concluir que concurren los dos primeros presupuestos de la acción del art. 1902 una acción de la demandada que intervino en el intercambio de información; su incidencia en el mercado y reflejo en la determinación de los precios finales de venta de automóviles. Ahora bien, habrá que analizar: si esos precios de venta causaron un verdadero perjuicio a la parte actora, y de ser así cuantificar el mismo. Ello en tanto que, a tenor de las resoluciones administrativa y judiciales que obran en autos, no existe duda: sobre la existencia y comisión por la demandada de un acto ilícito y tampoco sobre la concurrencia de la relación causal de esa conducta ilícita con el daño causado.

#### **SÉPTIMO.- Cuantificación del daño**

Habiendo llegado a la conclusión de que el cártel ha causado daño en el mercado y en los precios finales de venta, como refiere la propia CNMC:

"La disminución de la competencia generada por tales intercambios de información durante los períodos en los que se produjeron se han trasladado al consumidor final en forma de menores descuentos, políticas comerciales





*menos agresivas por parte de las marcas y un menor esfuerzo por distinguirse de las otras empresas con unos servicios de más calidad. Las marcas participantes en el cártel gozaron, por tanto, de una protección respecto de su funcionamiento en el mercado impropia de un entorno competitivo en ausencia de intercambio de información sensible, beneficiándose ilícitamente de una estabilidad artificial en sus actuaciones en el mercado afectado."*

Procede su cuantificación, cuestión cuya dificultad metodológica y complejidad ha sido reconocida ya reconocida por la doctrina y los tribunales a tenor de las resoluciones dictadas con motivo del conocido "cártel de camiones".

La problemática de este tipo de valoraciones de daños y perjuicios que, consisten en proyecciones por comparación entre la situación real consecuencia de la práctica restrictiva de la competencia y la situación hipotética contra-fáctica que hubiera acaecido de no haberse producido la práctica ilícita, se ve incrementada en la dificultad en el acceso a datos fiables, transparentes y reales en torno a las operaciones comerciales realizadas, durante el lapso temporal que duró la infracción, por las entidades mercantiles implicadas en la práctica colusoria, provocando incluso una asimetría informativa respecto al conocimiento de esos datos. Sin olvidar que estamos ante un mercado muy poco transparente en el que no existen datos oficiales y hay pocas fuentes públicas disponibles lo que determina la dificultad de obtener información relevante sobre cifras de ventas de vehículos ...- vid último párrafo de la resolución de la CNMC, folio 20-.

Asimetría informativa que es reconocida en las resoluciones del TJUE, así en la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de junio de 2022 (ECLI:EU:C:2022:495) hace referencia a la asimetría en el acceso a la información:

*"(...) ha de tenerse en cuenta que los litigios relativos a infracciones del Derecho de la Unión en materia de competencia y del Derecho nacional en esa misma materia se caracterizan, en principio, por una asimetría de información en detrimento de la persona perjudicada por la infracción, como se recuerda en el considerando 47 de la Directiva 2014/104, lo que hace que sea para el perjudicado más difícil obtener la información imprescindible para ejercitar una acción por daños que para las autoridades de competencia recabar la información necesaria para ejercitar sus prerrogativas de aplicación del Derecho de la competencia (...)"*

No obstante, ello, no puede ser un obstáculo que impida que las víctimas reciban un importe de indemnización adecuado por el perjuicio sufrido, lo que justificaría una mayor amplitud del poder de los jueces para estimar el perjuicio, siempre que la parte que reclama haya realizado un esfuerzo probatorio suficiente y razonable en atención a las circunstancias concretas del caso.

La guía práctica de la Comisión para la cuantificación del perjuicio en estas demandas dice que la cuestión clave es "determinar qué habría ocurrido probablemente sin la infracción" reconociendo que "es imposible saber con certeza cómo habría evolucionado exactamente un mercado si no se hubieran infringido los artículos 101 y 102 TFUE".

La doctrina indica que en lo relativo a la acreditación del daño a fin de poder cuantificar el importe de la reclamación, esto es, del informe pericial que debe acompañar a las demandas, debe basarse en un estudio econométrico riguroso, que incluya escenarios contrafactuales y dotado del suficiente volumen de datos como para hacer funcionar la fórmula algorítmica de cálculo del daño.

Esta cuantificación la debe hacer la parte actora sobre la que pesa la carga de la prueba del perjuicio sufrido, conforme al artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; perjuicio específico y concreto, y cuantificarlo.

Clave para la valoración de los informes periciales en el marco de las acciones de daños y perjuicios derivados de los ilícitos concurrenciales, son los parámetros que se fijan en la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013, en la que, con ocasión de la defensa del "passing on" articulada por la parte demandada en el denominado "cártel del azúcar", apuntó a la imposibilidad de realizar una reproducción perfecta de cuál hubiera sido la situación de no haberse producido la conducta ilícita, lo que constituye un problema común a todas las valoraciones de daños y perjuicios que consisten en proyecciones de lo que habría sucedido si aquella no hubiera tenido lugar. Y fijó los criterios que podemos sintetizar del siguiente modo:

*"a. El informe pericial que tenga por objeto la cuantificación del perjuicio derivado de la infracción, en el escenario de dificultad probatoria apuntado, tiene que partir de una hipótesis razonable y técnicamente fundada en datos contrastables y no erróneos. Añadimos a lo indicado por el Tribunal Supremo la importancia de la cualificación del perito, su conocimiento del mercado afectado, el método elegido y la fundamentación de sus conclusiones. Sin perjuicio de los soportes necesarios para justificar su opinión técnica sobre lo controvertido, y de la complejidad inherente a las cuestiones examinadas, lo que debe aportarse al Tribunal son sus conocimientos aplicados al caso (derivados de sus máximas de experiencia) que permitan el resarcimiento del daño, de acuerdo con lo que constituye su función en el proceso judicial, esto es, aportar los conocimientos científicos, técnicos o prácticos que requiere el asunto sometido a la decisión de los jueces. Ello no implica una exigencia en términos de certeza*

cuando tal certeza no es posible, pero si una justificación completa y adecuada en términos de probabilidad. En el apartado 17 de la Guía de la Comisión se indica que "la 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." En definitiva; 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).

b. Respecto del contrainforme aportado por el responsable del daño, no bastará que se limite a cuestionar la exactitud y precisión del informe que se rebate, sino que habrá de justificar una cuantificación alternativa mejor fundada. La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013, rechazó el contrainforme elaborado por la demandada en aquel proceso porque "parte de bases inaceptables, como son las de negar la actuación del cártel, negar las subidas concertadas de precios y negar por tanto la existencia de sobreprecio".

Partiendo de estas consideraciones la parte actora aportó con la demanda el informe realizado por el perito Don Luis María. Respecto de este informe, incorporado como documental a los autos, el mero descredito hacía el informe, no es óbice para restar valor al mismo. Por ello se debe examinar el contenido del informe al objeto de concluir si cumple, o no, los parámetros fijados en la doctrina y jurisprudencia respecto a los daños sufridos con motivo de prácticas colusorias en las que participó la parte demandada.

En el informe de la parte actora se observa que ha empleado los métodos previstos en la Guía Práctica: el método diferencia en la diferencia, basado en la distinta evolución del índice HIPC en España y en la zona Euro durante el período de tiempo cartelizado; el método diacrónico temporal, empleando según resulta de su informe modelos econométricos como en el ARIMA y el ARIMAX; el finalmente el método comparativo geográfico, comparando el HICP de vehículos de España y el publicado en Irlanda en el mismo período.

En relación con el empleo de estos tres métodos el perito concluye que se obtienen resultados similares, señalando que: los modelos son válidos y robustos; la infracción tuvo influencia en el mercado, a la vista de los datos obtenidos se estima que existió sobre coste y lo fija para el modelo 116D de la marca BMW en  $12,54 \pm 0,35 \%$ .

La parte demandada aporta un informe elaborado por COMPASS LEXCON, el cual fue ratificado y explicado en el acto de juicio. En su informe se distinguen dos partes:

La primera en la realiza un examen propio de la incidencia de estas conductas en el mercado y concluye que su existió sobreprecio.

La segunda, basada en una crítica al informe del Sr. Luis María.

En realización con esta crítica al informe pericial de la parte actora es destacable que, este informe concluye que el informe de la adversa adolece de serias deficiencias sin que permita obtener ninguna conclusión sobre los supuesto daños soportados por la parte actora.

Así crítica: no tiene en cuenta que existen factores ajenos que afectan a la evolución de los precios; el HICP de vehículos analizado incluye no solo coches sino otra clase de vehículos, y además recoge tanto precios de automóviles nuevos como usados. Concluye, por ello, que ninguno de los análisis presentados permite evaluar si las conductas sancionadas produjeron incremento de precios.

Cierto es que el informe de la parte actora no es concluyente, y que presenta deficiencias, como refiere la demandada. Ahora bien, esas deficiencias no invalidan el esfuerzo razonable efectuado por la parte actora para cuantificar el daño, pues la carencia de datos públicos no es imputable a la demandante sino a la escasa transparencia de este mercado que también fue caldo de cultivo para la práctica de conductas como las infracciones sancionadas por la CNMC.

Estas críticas al informe pericial de la parte actora, en cuanto a su metodología y manejo de datos para realizar su informe, refuerzan la conclusión de esta Juzgadora en cuanto a que: la parte actora con la información disponible y a su alcance ha realizado un esfuerzo suficiente y razonable para la estimación del daño.



En cuanto al informe pericial de la parte demandada se centra en rebatir la relación causal entre la conducta colusoria y el daño. En el supuesto sometido a enjuiciamiento, esta relación causal es un hecho evidente e irrefutable, cuando estamos ante una infracción por objeto que produjo efectos en el mercado y entre esos efectos la determinación del precio, y la existencia de un sobreprecio que afectó al cliente final, lo que se puede presumir tanto de la lectura de la resolución sancionadora de la CNMC como de la lectura de la SAN y la STS, siendo una resolución con imposición de sanciones firme en derecho.

Resulta asimismo criticable y sorprendente que, i) el informe elaborado por los peritos de la demandada se base en datos obtenidos de la marca, si bien tales datos son parciales pues se han extraído del sistema informático desde el 2011 hasta el 2019. No existen o no se han facilitado datos del 2011 hacia atrás; y además ii) si bien inciden en que no existió fijación de precios que los propios concesionarios hacen descuentos sobre los precios, tampoco se han facilitado datos sobre esos descuentos aplicables, que podría haber determinado que el precio fijado por el fabricante y el precio al cliente final no hubiera tenido sobreprecio.

En consecuencia, examinado el informe pericial de la parte demandante y los datos manejados en el informe de la demandada se ha de señalar que es desconcertante y provoca desconfianza la conducta desplegada por la demandada quien teniendo acceso a fuentes de prueba no aportó datos reales y veraces, a sus propios peritos, para elaborar el informe.

La demandada tenía y tiene acceso a esos datos tanto anteriores al período de infracción como a los posteriores a él. Lo anterior, no permite valorar de forma positiva el informe de la demandada pues la misma disponía de información real de ventas y precios de sus propios vehículos fabricados y comercializados durante el período anterior a la infracción, el período afectado por la infracción y el posterior. Además, pudo, podía y puede conocer los precios de venta de los concesionarios, así como los descuentos, incentivos o rápeles ofrecidos a los concesionarios para favorecer los objetivos de venta.

En consecuencia, la valoración conjunta de ambos informes, unida a la escasa credibilidad de un informe como el elaborado a instancias de la demandada en el que se constata que BMW no aportó datos reales y veraces poniéndolos a disposición de sus peritos permite evidenciar la existencia de daño, y que la infracción por objeto por la que fue sancionada la demandada tuvo "efectos" no solo en el mercado sino en el cliente final, permitiendo a la demandada la fijación de precios con aplicación de un sobreprecio que no se hubiera producido en un mercado no cartelizado.

Atendiendo a lo expuesto, así como a la complejidad de la valoración que se hace patente en los informes aportados por cada una de las partes que, tras el análisis pormenorizado de la cuestión, llegan a conclusiones contrapuestas, concluyendo la pericial de la actora que existieron sobreprecios consecuencia de las prácticas sancionadas. Un examen conjunto de toda la prueba permite tener por probado que:

Primero, la parte actora ha hecho un esfuerzo razonable, aunque no pleno, por aplicar distintos métodos para llegar a sus conclusiones.

Segundo, ninguno de esos métodos empleados en el informe de la demandada es perfecto, pero han partido de datos razonables, especialmente los que afectan al segundo de los métodos empleados, aunque sus conclusiones no sean completamente fiables.

Todo ello sin omitir que es complejo llegar a conocer cómo hubiera reaccionado el mercado en caso de no existir intercambio de informaciones por prácticas colusorias, sobre todo cuando los mercados se van afectados por distintas variables como señala el informe de la parte demandada.

Lo anterior unido a las dudas y debilidades evidentes, y ya citadas, del informe de la parte demandada- quien tenía acceso a fuentes de prueba pues a la sazón ha sido sancionada por prácticas colusorias-, determina que ha de darse mayor credibilidad al informe de la parte actora, con las dudas ya expuestas- y exclusión del daño del contrato de mantenimiento-. Informe que tampoco ofrece certezas en cuanto a la cuantificación del daño y el porcentaje del sobreprecio señalado.

En consecuencia, acreditada la existencia de daño derivado de ilícito competencial pero en el que, con las pruebas traídas al proceso, no es posible proceder a su cuantificación, resulta de aplicación el criterio de estimación judicial del daño que se ha plasmado en la ya citada STJUE de 22/06/22, que sostuvo el carácter procesal del contenido del artículo 17 Directiva 2014/104 y art. 76.2 LDC: "(...) constituye una disposición procesal a efectos del artículo 22 apartado 2 de la citada directiva y de que en su ámbito de aplicación temporal está comprendida una acción por daños que, aunque se derive de una infracción del derecho de la competencia que finalizó antes de la entrada en vigor de dicha directiva, fue ejercitada después del 26 de diciembre de 2014 y después de la entrada en vigor de las disposiciones que transponen tal directiva al derecho nacional".



En esta línea también la AP Pontevedra en Sentencia 108/2020: *"si la demandante no atiende suficientemente la carga de probar el perjuicio, resulta legítimo en infracciones de esta clase, caracterizadas por la enorme dificultad probatoria y por la extrema onerosidad de acceso a las fuentes de prueba, que el tribunal identifique un método de valoración razonable, según resulta de criterio jurisprudencial consolidado"*.

A lo anterior se ha de añadir como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 32, de fecha 21 de julio de 2023- rec. de apelación núm. 26/2023- que:

*"TERCERO.- (...) una negativa frontal a la existencia de daño, (...), no se aviene bien con las circunstancias del caso. Tampoco se acomoda al enfoque que la doctrina jurisprudencial está preconizando para el tratamiento judicial de los cárteles.*

*(...)*

*Ahora bien, que la responsabilidad haya que enjuiciarla con arreglo a la tradicional responsabilidad civil extracontractual ( artículo 1902 del C. Civil y sentencia de la Sala 1ª del TS 651/2013, de 7 de noviembre , sobre el cártel del azúcar), en relación con las previsiones contenidas en el artículo 101 del TFUE (que considera ilícitos los acuerdos colusorios), y en el artículo 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), no va a impedir que se aplique una presunción para los daños derivados del cártel que ya podía extraerse antes de ese cambio legal del Derecho nacional español y conforme al principio de efectividad propio del Derecho comunitario. Porque la teoría económica y los estudios empíricos constatan que cualquier tipo de cártel afecta a los precios. El mero hecho de que las empresas participen, a pesar de exponerse a sufrir graves sanciones, en tales actividades ilegales indica que esperan obtener sustanciales beneficios de sus acciones, es decir, que el cártel produzca efectos en el mercado, y por consiguiente, en sus clientes. Por ello, la jurisprudencia española ( sentencias de la Sala 1ª del TS números 923/2023 , 924/2023 , 925/2023 , 926/2023 , 927/2023 y 928/2023, de 12 de junio ; 939 /2023 , 940/2023, 941/2023 y 942/2023, de 13 de junio ; y 946/2023 , 947/2023 , 948/2023 , 949/2023 y 950/2023, de 14 de junio ) ha señalado que en los casos en los que todavía no proceda aplicar, por razones de vigencia temporal, la mencionada presunción legal, sí cabe, al menos, acudir a la presunción de la existencia del daño fundada en el artículo 386 LEC . Así, cabrá aplicar las reglas del raciocinio humano y las máximas de experiencia para concluir que el cártel ha debido producir daño, cuando por las características del mismo (por su duración, extensión geográfica, cuota de mercado, objeto del acuerdo colusorio) sea esa la consecuencia lógica inherente a la propia racionalidad económica de la existencia de esa operativa anticoncurrencial (con una alta exposición al riesgo de elevadas sanciones, cuya asunción carecería de sentido en ausencia de todo beneficio).*

*Esto es lo que ocurre en el presente caso, ya que las características del cártel de los fabricantes de los coches pone de manifiesto que se trata de una operativa anticoncurrencial remarcable y de considerable dimensión. Enumeramos sus caracteres más relevantes, que pueden extraerse del previo expediente sancionatorio: 1ª) ha tenido una duración bastante significativa, pues abarca más de siete años; 2º) su extensión espacial es amplia, ya que se refiere a la totalidad del mercado español de distribución y comercialización de vehículos, recambios y accesorios, así como la prestación de actividades y servicios posventa; 3º) el grado de expansión del mismo fue notable, pues llegó a aglutinar bajo su influencia a un 91 % de la cuota de mercado de la distribución de vehículos automóviles en España atendiendo al conjunto de las marcas implicadas; 4º) los cartelistas adoptaron medidas para tratar de ocultar y mantener en secreto la existencia del cártel por temor a ser sancionados; y 5º) su objeto era trascendente desde el punto de vista concurrencial, pues se producía el intercambio de información sensible entre competidores referente a precios, cantidades, listas de clientes o costes de producción e incluso remuneración y márgenes de las redes de concesionarios, con influencia final en el precio final de venta fijado por éstos, así como de las condiciones de políticas comerciales y servicios posventa (incluidos taller y accesorios), todo lo cual resulta relevante para la adopción de estrategias comerciales y apto para la disminución de la incertidumbre en el proceso de determinación de precios; el intercambio de información condujo a un comportamiento concertado entre competidores para la fijación de variables determinantes de su actuación en el mercado (...)"*.

Todo ello está presente en el caso sometido a enjuiciamiento en este litigio.

Esta Juzgadora comparte plenamente los criterios sentados por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 32, en cuya resolución continúa señalando:

*"No sería óbice para nuestro precedente planteamiento que se sancionase el cártel como una restricción de la competencia por objeto y no por sus efectos, pues incluso si la conducta infractora se hubiera limitado al intercambio de información, ello no permitiría ignorar que dado el carácter estratégico que a la misma se asigna en la resolución sancionatoria, esa operativa ilícita habría estado posibilitando a las empresas competidoras conocer el precio que se podía fijar para sus productos o prestaciones, que de esa manera no iba a resultar*





determinado por la búsqueda de la eficiencia empresarial sino conforme a una competencia alterada por la conducta infractora, en cuanto se suprime la incertidumbre sobre el comportamiento que podrían tener en el mercado las empresas partícipes en él. Las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2011/ C 11/01 ), que sustituyeron a las Directrices de la Comisión sobre la aplicabilidad del artículo 81 TCE a los acuerdos de cooperación horizontal (DOCE 2001/ C 3/02 ), se refieren al intercambio de información en su apartado 73 del siguiente modo: "Es particularmente probable que el intercambio de información sobre las intenciones individuales de las empresas en cuanto a su conducta futura relativa a precios o cantidades desemboque en un resultado colusorio. La información recíproca sobre tales intenciones puede permitir a los competidores llegar a un nivel común de precios más elevado sin correr el riesgo de perder cuota de mercado o de desencadenar una guerra de precios durante el periodo de ajuste a los nuevos precios." Llamamos la atención sobre las consideraciones que al respecto se vierten en la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 23 de diciembre de 2019 (dictada en el recurso número 689/2015 ) y en la sentencia de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo el Tribunal Supremo nº 1420/2021 que resolvieron, para desestimar, el recurso de TOYOTA ESPAÑA contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de fecha 23 de julio de 2015 (expediente NUM002 , Fabricantes de automóviles), que antes hemos reproducido en su literalidad y que apuntan en sentido similar.

Aunque la incidencia del cártel pueda resultar un tanto difusa, lo cierto es que va propagándose de manera sucesiva por el mercado en un escenario no exento de complejidades. Así que lo normal, porque así lo dicta la lógica más elemental, es que la interferencia ocasionada en inicio se acabe trasladando, en alguna medida, a esos otros estadios posteriores de circulación de la mercancía, hasta llegar, de algún modo, al precio final pagado por los adquirentes. Si se protege la libre competencia es también para evitar que aquél resulte alterado de una manera artificial. Y lo que no hay por qué presuponer es que los eventuales descuentos en la comercialización de los bienes supongan una absorción por los escalones intermedios del mercado (los concesionarios, ya fueran independientes o dependientes de los fabricantes) del efecto del cártel, sino más bien todo lo contrario, que tenderán a repercutirlo, de un modo u otro, en el precio final de los bienes o servicios. Esta clase de cártel pudo perjudicar no solo a los concesionarios, sino que también pudo hacerlo a los compradores de vehículos y a los usuarios de los servicios de posventa y reparación, pues los intercambios de información también alcanzaban a los recambios y prestaciones de taller."

CUARTO.- La jurisprudencia antes mencionada también subraya que como no se trata de una presunción "iuris et de iure", sino "iuris tantum", cabrá que la parte demandada aporte prueba en contrario para tratar de desbaratarla. Sin embargo, eso es lo que consideramos que no ha conseguido aquí la parte demandada. El dictamen pericial elaborado por el gabinete COMPASS LEXECON a instancias de TOYOTA ESPAÑA, que resultaría el elemento clave de la defensa, no sirve para ese fin. Según se concluye en ese informe la infracción anticoncurrencial no habría generado, porque se considera que no resultaría estadísticamente representativo, impacto significativo en los precios de venta de coches de la marca concernida en España. Pero esta conclusión no puede ser compartida por este tribunal como sustento para desvirtuar la presunción de daño.

(...)

SEXTO.- No obstante, que el dictamen pericial presentado por la parte demandante para tratar de cuantificar el daño presentase deficiencias relevantes no implicaba que la demanda mereciese ser desestimada en su integridad. Constituye un principio general del Derecho de la competencia que cualquier persona tiene derecho a solicitar la reparación del perjuicio que le haya irrogado un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la competencia ( sentencias del Tribunal de Justicia (UE) de 20 de septiembre de 2001, caso Courage, asunto C-453/99 , y de 13 de julio de 2006, caso Manfredi, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04 ). La 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. Las disposiciones nacionales aplicables y su interpretación deben reflejar estas limitaciones inherentes en la cuantificación del daño 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. En consecuencia, no es posible desestimar la demanda por el hecho de que se considere que el informe pericial aportado por la parte demandante no resulte óptimo o suficientemente preciso para determinar el sobreprecio sufrido por la parte demandante, es decir, que presentase carencias de diverso tipo (amplitud o alcance de la muestra, variables aplicadas, método empleado, etc.). En el contexto en el que la parte actora ha tratado, con más o menos fortuna en la elección del perito, de realizar un cierto esfuerzo para alcanzar un estándar mínimo de prueba sobre el específico daño sufrido y su alcance cuantitativo, resulta factible acudir, no solo bajo el amparo de la Directiva de Daños sino también con la cobertura del Derecho nacional, al empleo de las facultades estimatorias del daño producido por parte del juez o tribunal sentenciador que, sobre la base de la aproximación efectuada en el informe pericial aportado por la parte demandante, permitiera corregir sus posibles deficiencias. Es más, la sentencia del TJUE de 22 de junio de 2022 (asunto c-267/20) ha venido a aclarar que la



facultad judicial de estimación del daño ( artículo 17, apartado primero, de la Directiva 2014/104 ) constituye una disposición procesal que resulta aplicable a las acciones de daños que, aunque se refiriesen a una infracción del Derecho de la competencia finalizada con anterioridad, hubieran sido ejercitadas tras su entrada en vigor. La estimación judicial del daño presupone que el órgano jurisdiccional nacional haya comprobado que se ha acreditado la existencia de perjuicio y que resulta prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlo con precisión, tomando en consideración el conjunto de los parámetros que llevan a tal conclusión, cuando ello no se deba a un problema creado por la mera inactividad de la parte demandante ( sentencia del Tribunal de Justicia -TJUE- de 16 de febrero de 2023, asunto C-312/21 ).

La sentencia del Tribunal de Justicia (UE) de 22 de junio de 2022, asunto C-267/20 , remarca, con respecto a la disposición del artículo 17.1 de la Directiva, que debe garantizarse la efectividad de las acciones por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia, "en particular en aquellas situaciones en las que sería prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar con precisión el importe exacto del daño sufrido". De ahí que subraye que el objeto de esa norma es el de "flexibilizar el nivel de prueba exigido para determinar el importe del perjuicio sufrido y subsanar la asimetría de información existente en detrimento de la parte demandante afectada, así como las dificultades derivadas del hecho de que la cuantificación del perjuicio sufrido requiere evaluar cómo habría evolucionado el mercado de referencia si no se hubiera producido la infracción". Esas son las claves por las que se confiere a los órganos jurisdiccionales nacionales "una facultad particular en el marco de los litigios relativos a acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia". En esa línea doctrinal deben ser entendidos los pronunciamientos recogidos en la sentencia del Tribunal de Justicia (UE) de 16 de febrero de 2023, asunto C-312/21 , que indican que el tribunal nacional, al resolver un litigio en concreto, no debería acudir a la estimación judicial del daño, como facultad del tribunal, si la parte actora no hubiese realizado un esfuerzo propio para la presentación de prueba sobre la cuantificación de aquél que revelase las particulares dificultades para lograr una liquidación siquiera aproximativa de la suma dineraria en la que se habría traducido. Desde esa perspectiva, que ha de partir de la calificación jurídica de la parte actora como precisamente perjudicada por el acto anticoncurrencial, el órgano judicial nacional debe tomar en consideración todos los elementos pertinentes que evidencien el grado de esfuerzo efectuado por la parte perjudicada por el cártel. Entre ellos se encuentra, como uno más de los posibles y no como una exigencia de carácter inexorable, haber acudido previamente a las diligencias de acceso a las fuentes de la prueba, porque se trata de una alternativa que está prevista normativamente y que el TJUE pone, además, en valor en la referida sentencia. Pero no solo por esa vía puede revelarse que se ha desplegado el esfuerzo preciso para tratar de cuantificar el daño padecido, ni para que le quede de manifiesto al juzgador la dificultad para poder fijar una liquidación certera de su importe (que podría plantearse incluso habiendo acudido a la previa diligencia de exhibición). A esa conclusión puede también llegarse apreciando al completo el desempeño probatorio puesto de manifiesto por la parte interesada con ese fin y la información vertida en el procedimiento (el conjunto de parámetros con incidencia en ello en palabras del TJUE).

La reciente jurisprudencia se ha mostrado además muy flexible con el establecimiento del estándar mínimo de prueba preciso para abrir la puerta al empleo por el juzgador de la solución jurídica consistente en una realización de pura estimación judicial del daño, llegando a admitir que incluso dictámenes meramente estadísticos puedan resultar suficientes en estos casos de los cárteles para cumplir con la carga que incumbe al demandante de efectuar un esfuerzo para tratar de cuantificar daño que, de por sí, es muy difícil de concretar en una cifra determinada. Así se refleja en las sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo nº 924/2023, de 12 de junio , 925/2023, de 12 de junio , 927/2023 de 12 de junio y 940/2023, de 13 de junio donde se señala que deben tenerse presentes las dificultades que suscitan el enfrentarse a un cártel de extensa duración, de ámbito geográfico amplio y con singularidad en los productos afectados, lo que puede hacer en la práctica muy difícil realizar un análisis de comparación u otros métodos basados en costes y análisis financieros. La jurisprudencia subraya que en esa clase de casos "las propias características de este cártel contribuyen a considerar que, en este caso, la falta de idoneidad del informe presentado por el demandante para cuantificar el sobreprecio no supone una inactividad que impida la estimación judicial". Y advierte que se produce en estos casos una clara desproporción en la situación de los litigantes que convertiría en claramente antieconómica la reclamación judicial del demandante si se es excesivamente riguroso en la exigencia de un estándar de prueba.

El informe pericial aportado por la parte actora resultaba sumamente criticable. Pero las deficiencias en el dictamen esgrimido por la reclamante, que impedían, comprendemos perfectamente el brete, la asunción por la juzgadora de sus conclusiones finales, no resultaban suficientes, a la luz de los criterios señalados por la muy reciente jurisprudencia, para dejar de señalar una indemnización en favor del afectado por un cártel de las características que hemos descrito. La extracción de un valor concreto para la repercusión de un cártel como el de los fabricantes de coches en el caso concreto del demandante resultaba francamente dificultosa y, en cualquiera de las posibilidades imaginables opinable, fuera cual fuese el criterio y escenario hipotético que se utilizara para tratar de asignarle una cifra concreta al perjuicio sufrido. En consecuencia, aunque no pudiera hacer



suya la valoración del sobrecoste en los términos que se pretendían por la actora, no se justificaba, a la luz del nuevo enfoque jurisprudencial, que dejara de abrirse por el juzgador la puerta a la estimación judicial del daño como la solución adecuada para el presente litigio ante las dificultades que hemos podido constatar que se presentaban en este ámbito para desentrañar cuál pudo ser el importe concreto del sobreprecio soportado. (...)".

Por todo ello atendiendo a esa estimación judicial del daños, asumimos el criterio sentado por la Ilma. AP de Pontevedra en el cartel de los camiones que considera un perjuicio razonable el 5% del precio total de adquisición del vehículo, de acuerdo a los criterios recogidos a la hora de la fijación judicial del daño ante las dificultades probatorias de su exacta cuantificación, por lo que procederá fijar como indemnización un porcentaje del 5% (no del 12,54 ± 0,35 % como fija la parte actora) sobre el precio de adquisición del vehículo.

Lo que supone en este caso un daño cuantificable en la suma de 1.125,00€, a que asciende el 5% del precio de adquisición del vehículo- modelo UK51-116d 3 puertas, bastidor núm. NUM001 , el cual fue objeto de adquisición a en la red de concesionarios de la marca, en este caso Autogal, SL- concesionario oficial BMW en Orense-, siendo el precio final de venta 22.500,00€ (IVA incluido), precio neto 19.396,55€, fecha de adquisición el 23/09/2009-.

#### **OCTAVO.- Intereses**

En lo que respecta a los intereses se debe acoger el criterio seguido por la Ilma. AP de Pontevedra sección 1ª en la Sentencia núm. 122/2021 de 1 de marzo de 2021 (ROJ: SAP PO 325/2021 - ECLI:ES:APPO:2021:325), que señala:

*"56. La reparación íntegra del daño exige también el derecho a percibir la obligación accesorias de interés (asunto Manfredi, C-295/0 a 298/04, apartado 95), elemento indispensable de reparación, según la Guía Práctica (vid. apartado 20). La deuda indemnizatoria se concibe como una deuda de valor, de manera que la obligación accesorias de interés presenta la misma finalidad de lograr la restitutio in integrum, y forma parte así de la finalidad del mecanismo de indemnización (criterio que luego recogerá el considerando 12 de la Directiva). De ahí la aplicación general al caso de los arts. 1101 y 1108 sustantivos, complementarios del régimen general de la responsabilidad extracontractual. No se trata de una obligación sancionadora, por lo que el argumento relativo a la justificación de la oposición carece de fundamento."*

La fecha de devengo del interés será por tanto la de la adquisición de cada camión, sin perjuicio de los intereses previstos en el art. 576 LEC.

#### **NOVENO.- Costas**

En relación a las costas: no ha lugar a la imposición de costas en tanto la demanda ha sido estimada parcialmente.

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

#### **FALLO**

Que **estimo parcialmente** la demanda interpuesta por **DOÑA Luis Francisco , mayor de edad, titular del NIF NUM000** , representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Pazo Irazu, frente a la entidad **BMW IBERICA, S.A.U.** representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Gallego Martín-Esperanza, en consecuencia, **debo condenar y condeno** a la demandada **BMW IBERICA, S.A.U.** a los siguientes pronunciamientos:

1. A pagar a **DOÑA Luis Francisco , mayor de edad, titular del NIF NUM000** , la cantidad de **1.125,00€ (mil ciento veinticinco euros)**.
2. La citada cantidad se incrementará en el interés legal computado desde la fecha de adquisición de vehículo objeto de litigio, sin perjuicio del interés previsto en el art. 576 de la LEC.
3. No ha lugar a la imposición de las costas causadas en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE** la presente resolución a las partes personadas; haciéndoles saber que la misma no es firme y que frente a ella cabe interponer **RECURSO DE APELACIÓN** que se tramitará de acuerdo con lo establecido en los artículos 457 y siguientes de la LEC.

De conformidad con la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ, introducida por la LO 1/09 (BOE 04/11/2009), para la interposición del recurso de reposición, será precisa la consignación como depósito de 50 euros en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" abierta a nombre del Juzgado para este procedimiento, acreditándolo documentalmente ante este tribunal, aportando copia del resguardo de ingreso; el depósito no deberá consignarse cuando el recurrente sea beneficiario de justicia gratuita, Ministerio Fiscal, Estado, Comunidad Autónoma, Entidad Local u organismo autónomo dependiente.



No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido. Cuando puedan realizarse ingresos simultáneos por la misma parte procesal, deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el concepto el tipo de recurso de que se trate en cada caso.

Si por una misma parte se recurriera simultáneamente más de una resolución que pueda afectar a una misma cuenta- expediente, deberá realizar tantos ingresos diferenciados como resoluciones a recurrir, indicando el tipo de recurso de que se trate y la fecha de la resolución objeto de recurso en formato dd/mm/aaaa en el campo de observaciones.

Llévese el original al libro de sentencias.

Así por ésta mi Sentencia, lo pronuncia, manda y firma, DOÑA AMELIA MARÍA PÉREZ MOSTEIRO, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra (sede en Vigo).

**PUBLICACIÓN.**- La anterior sentencia ha sido leída y publicada por la Sra. Magistrada-juez que la suscribe en el mismo día de su fecha, hallándose celebrando audiencia pública; Doy fe.

**NOTA:** De conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, se informa que la difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que se ha dictado sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela, y a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

FONDO DOCUMENTAL