



WWW.CONSULTORESTECNICOS.ES

Roj: **SJM M 4974/2023 - ECLI:ES:JMM:2023:4974**

Id Cendoj: **28079470172023100037**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Madrid**

Sección: **17**

Fecha: **14/09/2023**

Nº de Recurso: **317/2022**

Nº de Resolución: **65/2023**

Procedimiento: **Juicio verbal**

Ponente: **SOFIA GIL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 17 DE MADRID

C/ Gran Vía, 52 , Planta 5ª - 28013

Tfno: 917201073

42020306

NIG: 28.079.00.2-2022/0232444

Procedimiento: Juicio Verbal 317/2022

Materia: Competencia desleal

Clase reparto: DEMANDAS ART. 101 Y 102 UE

3 DECLARATIVOS

Demandante: D./Dña. Elsa

PROCURADOR D./Dña. JAIME GONZALEZ GARCIA

Demandado: BMW IBERICA S.A.U

PROCURADOR D./Dña. RAMON RODRIGUEZ NOGUEIRA

SENTENCIA Nº 65/2023

MAGISTRADO- JUEZ: Dña. SOFIA GIL GARCIA

Lugar: Madrid

Fecha: catorce de septiembre de dos mil veintitrés

Vistos por mí, Sofía Gil García, Magistrada del Juzgado Mercantil núm. 17 de Madrid, el presente procedimiento de Juicio Verbal núm. 317/2022 se sigue entre las siguientes partes:

DEMANDANTE: Elsa

Procurador: D. Jaime González García. Letrada: D.ª Natalia Vergara Felix.

DEMANDADA: BMW IBÉRICA S.A.U.

Procurador: D. Ramón Rodríguez Nogueira. Letrado: J & A Garrigues S.L.P.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - En fecha 31 de mayo de 2022- recibida el 20 de junio de 2022- el procurador D. Jaime González García en nombre y representación de Elsa interpuso demanda de reclamación de cantidad contra BMW Ibérica S.A.U.



El 24 de junio de 2022 se dictó decreto de admisión a trámite de la demanda y se dio traslado a la parte demandada.

SEGUNDO. - En fecha 14 de julio de 2022 se presentó por el procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira en nombre y representación de BMW Ibérica escrito de contestación a la demanda.

TERCERO. - El día 25 de noviembre de 2022 se celebró el acto de la vista; ambas partes comparecieron en tiempo y forma; se afirmaron en sus pedimentos, propusieron prueba, que se admitió; en concreto prueba documental y prueba pericial de ambas partes; y quedaron los autos pendientes de resolución.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Posiciones de las partes

(i) Posición de la parte demandante

D.^a Elsa ejerció una acción de reclamación por daños derivados de una infracción del derecho de defensa de la competencia frente a BMW- cártel de coches- y solicitó el dictado de una sentencia que:

1.- Condene a la parte demandada al abono de la cantidad de 2.947,91 euros en resarcimiento de los daños sufridos por la práctica concertada, así como los intereses legales que se deriven.

2.- Condene al demandado al pago de las costas devengadas en la instancia.

La demandante ejerció una acción consecutiva y se basa en la infracción declarada por la CNMC, en su resolución de 23 de julio de 2015; se sancionó a diversos fabricantes de automóviles y dos auditoras, por desarrollar prácticas contrarias a la libre competencia contrarias al art. 101 TFUE y art. 1 LDC. La parte actora fue adquirente de un vehículo de un fabricante interviniente en las prácticas anticompetitivas en el periodo afectado, lo que generó un sobrecoste en el precio pagado, que es lo que se reclama en el procedimiento.

(ii) Posición de la parte demandada

La demandada se opuso a la demanda y solicitó su absolución. Se alega la prescripción de la acción; niega en nexo causal por cuanto el vehículo fue adquirido una vez cesó la participación de BMW en el cártel y su responsabilidad, por cuanto la infracción no habría producido efecto alguno en los adquirentes de vehículos; niega la existencia de sobrecoste y relación de causalidad.

SEGUNDO. - Régimen jurídico aplicable

1.- Acción ejercitada

En primer lugar, debe determinarse el régimen jurídico que debe aplicarse al presente procedimiento. Para ello es preciso tener en consideración, que la acción ejercitada es una acción consecutiva o *follow on* de reclamación de daños derivada de una infracción contraria a la competencia, que se ha declarado administrativa y judicialmente.

Cabe recordar que el Tribunal Supremo, en sus autos de 13 de octubre de 2022, se refiere a estas acciones en los siguientes términos:

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

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

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

Así pues, la acción consecutiva se fundamenta en la infracción anticompetitiva, por lo que lo relevante para fijar el régimen jurídico a aplicar, es el momento en el que se produjeron los hechos que la fundamentan.

2.- Marco legal

Por tanto, la determinación del régimen jurídico aplicable supone determinar si resulta de aplicación el art. 1902 CC o por el contrario, las disposiciones de la LCD, tras la transposición de la Directiva 2014/104/UE



La Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea Texto pertinente a efectos del EEE tenía como fecha límite de transposición el 27 de diciembre de 2016 - en todo caso, anterior a los hechos infractores-.

Sobre su aplicación, el art. 22.1 dispone que " *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*".

Finalmente, la Directiva 104/14 se transpuso mediante 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.

Su Disposición Transitoria Primera dispone 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 tanto, respecto a derecho sustantivo, se establece su carácter no retroactivo, y respecto al derecho procesal, se aplicará a la nueva normativa, según el citado Real Decreto; ello sin perjuicio de lo dispuesto en la STJUE de 22 de junio de 2022.

3.- Determinación temporal de los hechos

La infracción anticompetitiva se constató por medio de la Resolución de la CNMC de fecha 23 de julio de 2015, Asunto S/0482/13, de Fabricantes de Automóviles. A su vez, fue recurrida por medio de sentencia de fecha 19 de diciembre de 2019, de la Sección Sexta de la Sala Tercera de la Audiencia Nacional.

La Resolución de la CNMC declaró probada " *una infracción del art.1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del art. 101 del TFUE* ".

En dicha infracción intervinieron una multitud de fabricantes de automóviles -24 marcas-, entre ellos la parte demandada.

A los efectos que nos ocupan, es importante tener en cuenta que la infracción es única y continuada - a pesar de que esté integrada por tres conductas o " *esquemas de intercambio*"- y que ésta se produjo en el periodo de 2006 a 2013. Para determinar el régimen jurídico aplicable es indiferente el momento y forma de intervención de los infractores; lo relevante es la fijación temporal de la conducta infractora sancionada que tiene " *carácter continuado y único*".

Así pues, la conducta se inició el 16 de febrero de 2006 (*fecha de la primera reunión del Club de Marcas que se considera acreditada*) hasta julio de 2013 (" *cuando tuvieron lugar las inspecciones*").

En este caso, los hechos que fundamentan fácticamente la demanda son anteriores a la Directiva 2014/104/UE. Por lo que cabe concluir que el precepto aplicable es el artículo 1902 CC, y no el texto vigente de la Ley de Defensa de la Competencia, derivado de la trasposición de la Directiva 2014/104.

La acción de reclamación debe quedar sustentada en la 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.

TERCERO.- Prescripción

Una de las cuestiones jurídicas controvertidas es el ejercicio de la acción, es decir, la prescripción; tanto el plazo aplicable, como su cómputo y determinación del *dies a quo*.

La parte demandada considera que el plazo de ejercicio de la acción es de un año y que debe computarse desde la fecha de la Resolución de la CNMC, momento en el que el perjudicado pudo haber tenido conocimiento de la infracción y consecuentemente haber ejercitado la acción.

La parte demandante aduce que el plazo de prescripción es de cinco años y debe computarse desde la fecha de firmeza de la sentencia del Tribunal Supremo que determina la firmeza de las resoluciones previas.



Para determinar el plazo de prescripción, es necesario previamente establecer el *dies a quo* y su relación con el régimen jurídico de aplicación; de forma que se pueda examinar si en la fecha de expiración del plazo de transposición de la Directiva 2014/104, se había agotado o no el plazo de prescripción del ejercicio de la acción.

(i) *Dies a quo*

La sentencia del TJUE de fecha 22 de junio de 2022 recuerda que:

los plazos de prescripción aplicables a las acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión no pueden empezar a correr antes de que haya cesado la infracción y de que la persona perjudicada tenga conocimiento o haya podido razonablemente tener conocimiento de la información indispensable para ejercitar su acción por daños.

En caso contrario resultaría prácticamente imposible o excesivamente difícil ejercitar el derecho a solicitar una indemnización.

En los mismos términos, el Tribunal Supremo, que en orden a fijar el *dies a quo* cuando aquello que se ejercita son acciones de responsabilidad por daños derivados de infracciones de las normas en materia de Defensa de la Competencia, en la Sentencia de 4 de septiembre de 2013, Asunto Céntrica, declaró:

" La jurisprudencia de esta Sala al interpretar este precepto parte del criterio general de que el conocimiento del daño sufrido ha de determinar el comienzo del plazo de prescripción.(...) .Esta doctrina es coherente con la que impone interpretar restrictivamente la prescripción, al no estar basada en principios de estricta justicia, sino de seguridad jurídica y de presunción de abandono del ejercicio del derecho(Sentencia 10/2013, de 21 de enero, que cita las anteriores SSTs 261/2007, de 14 de marzo; 311/2009, de 6 de mayo; y 340/2010, de 24 de mayo), y obedece, en atención al principio de indemnidad, a la necesidad de preservar el derecho del perjudicado a ser íntegramente resarcido en situaciones en que no ha podido hasta entonces conocer en su totalidad el alcance de su daño, por causas en modo alguno imputables a su persona o comportamiento".

Por tanto, deben concurrir dos presupuestos para que se inicie el cómputo de ejercicio de la acción:

1.-La infracción ha tenido que finalizar.

2.-El agraviado debe tener conocimiento o habría debido razonablemente tener conocimiento tanto de la infracción anticompetitiva como de los infractores.

El TS habla de la "*aptitud plena para litigar*", situación que se produciría cuando el que se propone ejercitar la acción disponga de elementos fácticos y jurídicos idóneos para hacerlo. La determinación del momento del inicio del ejercicio de la acción es valorativa y debe determinarse en atención a las particularidades de cada caso; es decir, no existe en nuestro ordenamiento jurídico una norma que identifique o precise un hecho o momento al que se anude el ejercicio de la acción, lo cual puede generar distintas interpretaciones o valoraciones y la consiguiente inseguridad jurídica. A efectos ilustrativos, procede traer a colación diversos supuestos jurisprudenciales que han determinado el *dies a quo*, en los términos siguientes:

En el caso del cártel de los camiones, la STJUE considera que el agraviado pudo ejercitar la acción desde la fecha de publicación del resumen de la Decisión C (2016) 4673 en el DOCE, esto es, el 6 de abril de 2017.

En el caso del cártel de seguro decenal, la sentencia núm.377/2022, de 19 de mayo, de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid:

15.- *A la vista de lo expuesto, fueron las sentencias del Tribunal Supremo las que determinaron qué entidades habían participado en el cártel declarado por la CNC y contra las que podía dirigirse la acción de reclamación de daños. Es decir, es cuando alcanza firmeza la resolución administrativa cuando la parte actora tuvo todos los elementos fácticos y jurídicos necesarios para ejercitar la acción pues fue cuando se determinó que la entidad con la que había contratado, MAPFRE, no había participado en los acuerdos anticompetitivos. Por ello, el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción que se ejercita de reclamación de daños y perjuicios frente a las empresas responsables de la acción ilícita no puede computarse en el momento de la publicación de la resolución de la CNC sino desde el momento en que se dicta la sentencia del Tribunal Supremo.*

16.- *Esta solución no es contraria a la alcanzada por este Tribunal en la sentencia de 3 de julio de 2017 (ROJ: SAP M 9034/2017 - ECLI:ES:APM:2017:9034), en la que se fundamentaba la desestimación de la excepción de prescripción en que la mera existencia de indicios de la infracción o la noticia de la investigación que estuviera realizando el órgano administrativo de defensa de la competencia no suponen que el afectado tenga aptitud plena para litigar, y que lo relevante para poder apreciar la excepción de prescripción es determinar el momento en que el demandante conoce todos los elementos necesarios para el ejercicio de la acción.*



En el caso del cártel de los sobres, la sentencia núm.198/2022, de 7 de febrero de la Sección Décimo Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, explicaba:

14. *Es cierto que en las primeras sentencias sobre el cártel de los sobres se optó por la fecha de la publicación de la Resolución, frente a la alternativa esgrimida por alguno de los infractores, de la fecha de la nota de prensa que daba cuenta del resultado del procedimiento sancionador. Sin embargo, en este caso la discusión estriba entre la publicación de la Resolución -tesis defendida por la recurrente- o su firmeza - como sostiene la apelada-*

15. *Aunque nada impide a los terceros perjudicados iniciar sus reclamaciones con la publicación de la resolución administrativa que pone término al procedimiento sancionador, el conocimiento cierto de los hechos y de sus responsables sólo se alcanza con la firmeza de la Sentencia del recurso contra dicha resolución. Desde la perspectiva del tercero perjudicado que no ha sido parte ni en el expediente sancionador ni en el recurso contencioso, el cómputo del plazo no puede depender del contenido del recurso y del objeto del procedimiento judicial, extremos que sólo están a su alcance a posteriori, una vez se hacen públicas las resoluciones judiciales. Por ello, no entraremos a analizar en qué consistió el recurso de TOMPLA y si hubo o no aceptación de los hechos y de la existencia de la infracción.*

16. *Además, en este caso nos encontramos ante una acción follow on en sentido propio, esto es, ejercitada a partir de una resolución administrativa cuyos hechos van a vincular al juez civil, por lo que no puede iniciarse el cómputo del plazo hasta que la resolución alcanza firmeza.*

En el caso que nos ocupa, "cártel de coches", cabe reseñar brevemente que el Juzgado Mercantil núm.5 de Madrid considera que " *Por ello, en un escenario actual, con distintos criterios de interpretación de la " plena capacidad para litigar " parece más prudente fijar el dies a quo en el momento de la firmeza de la Resolución administrativa, pues no puede acreditarse por los demandados que los actores tuvieran plena capacidad para litigar en el cartel que nos ocupa en la fecha de la Resolución del año 2015.*"

Dicha fecha es el 20 de abril de 2021.

Y el Juzgado Mercantil núm.1 de Pontevedra, acoge este criterio cuando dice que " *y, en cualquier caso, al no poder entender iniciado aún ese plazo de prescripción o, todo lo más, iniciado el mismo 20 de abril de 2021 como muy pronto, la acción aquí ejercitada no puede ser considerada prescrita.*"

Como he manifestado, no puede generalizarse o determinarse un momento concreto. Es necesario atender a las circunstancias concurrentes. En este supuesto, nos encontramos ante un cártel desarrollado a nivel nacional, que se mantiene durante siete años y afecta a la totalidad del mercado automovilístico, tanto porque el número de participantes era muy elevado y con grandes cuotas de mercado, como porque no solo afectó al plano de la comercialización, sino al servicio postventa y de recambios.

El hecho de que los posibles afectados sean consumidores y además conforme los datos expuestos, un colectivo tan numeroso - es determinante para cerciorarse de que el conocimiento de la infracción haya podido ser accesible para los mismos; tanto la dimensión como la composición del colectivo de agraviados supone que deba valorarse que la publicidad que se haya dado a la infracción sea relevante; y ello con diferencia a otros cárteles, en los que el número de afectados es menor y pueden ostentar un conocimiento más cualificado en el ámbito profesional en el que operan, y además, mayores medios para poder conocerlo.

A diferencia de las sanciones impuestas por la Comisión Europea en el cártel de los camiones, que publicó en el D.O.C.E. en fecha 19 de julio de 2016, el Resumen de su Decisión, en la que se dejaba constancia del procedimiento, intervinientes, resumen de la infracción y sanciones; y posterior publicación de la versión provisional de contenido no confidencial en el DOUE de 6 de abril de 2017; el presente caso, seguido ante las autoridades nacionales no existe un trámite de publicidad equivalente. Por ello, en aras a garantizar el derecho de defensa de los perjudicados y conforme las características expuestas del caso, coincido en las resoluciones anteriores, al considerar que el *dies a quo* debe ser tras la resolución de los recursos contencioso-administrativos y momento de adquisición de la firmeza de la resolución sancionadora; respecto de la demandada Toyota España S.L.U. esta se produjo el día 1 de diciembre de 2021.

(ii) *Plazo de ejercicio*

Si bien se ha explicado que el régimen jurídico viene determinado por la aplicación del art. 1902 CC, el plazo de ejercicio de la acción no será el plazo general de un año previsto en el art. 1968.2 CC.

En relación con ello, se debe tener en consideración el art. 10 de la Directiva 104/2014, que la STJUE de 22 de junio de 2022, ya manifestó que se trataba de una disposición sustantiva, a los efectos del art. 22, apartado primero, de dicha Directiva.



49. A tal efecto, habida cuenta de las particularidades de las normas de la prescripción, de su naturaleza y de su mecanismo de funcionamiento, en particular en el contexto de una acción por daños ejercitada a raíz de una resolución firme por la que se declara la existencia de una infracción del Derecho de la Unión en materia de competencia, procede examinar si, en la fecha de expiración del plazo de transposición de la Directiva 2014/104, a saber, el 27 de diciembre de 2016, se había agotado el plazo de prescripción aplicable a la situación de que se trata en el litigio principal, lo que implica determinar el momento en el que comenzó a correr ese plazo de prescripción.

79. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede declarar que el artículo 10 de la Directiva 2014/104 debe interpretarse en el sentido de que constituye una disposición sustantiva a efectos del artículo 22, apartado 1, de dicha Directiva y de que en su ámbito de aplicación temporal está comprendida una acción por daños por una infracción del Derecho de la competencia que, aunque se derive de una infracción del Derecho de la competencia que finalizó antes de la entrada en vigor de la citada Directiva, fue ejercitada después de la entrada en vigor de las disposiciones que transponen tal Directiva al Derecho nacional, en la medida en que el plazo de prescripción aplicable a esa acción en virtud de la regulación anterior no se había agotado antes de que expirara el plazo de transposición de la misma Directiva.

De conformidad con lo expuesto, cabe concluir:

- 1.-La Directiva 2014/104 establecía como fecha límite de transposición el día 27 de diciembre de 2016.
- 2.- La transposición de dicha Directiva en nuestro ordenamiento jurídico se produjo el día 28 de mayo de 2017, momento en el que entró en vigor el RDL 9/2017.
- 3.-La decisión sancionadora de la CNMC se publica el 23 de julio de 2015. No obstante, en dicho momento los perjudicados todavía no podían tener conocimiento íntegro de la infracción y de sus infractores.
- 4.- El momento en el que pudo ejercitarse la acción fue 20 de abril de 2021, fecha en que se resolvió el primero de los recursos de las infractoras.
- 5.- El plazo de un año para el ejercicio de la acción por tanto sería de 20 de abril de 2022; en dicho momento ya había finalizado el plazo de transposición de la Directiva, pero no había finalizado el plazo de ejercicio de la acción, por lo que se debe aplicar el plazo de cinco años.
- 6.- Por tanto, la demanda se ha formulado en tiempo y forma.

CUARTO.- Infracción anticompetitiva

El primero de los elementos o presupuestos de la acción ejercitada viene acreditado por los hechos consignados en la Resolución de 23 de julio de 2015 de la CNMC.

Aun cuando se trate de hechos probados y no discutidos, si es importante en primer lugar, precisar la infracción y sus características; y en segundo lugar, su objeto.

No es la finalidad de esta resolución reiterar los pronunciamientos de las resoluciones administrativas ni judiciales, sino únicamente tener en consideración el perfil y elementos de la infracción y su delimitación por cuanto ello conecta directamente con el nexo causal y con la determinación del daño.

El cártel de fabricantes de automóviles se desarrolló entre 2006 a 2013 y afectó al mercado automovilístico. A diferencia de otros supuestos, la participación de los cartelistas en la infracción no fue idéntica; la falta de identidad se predica respecto de la propia intervención temporal en el cártel, como de las conductas atribuidas a los distintos partícipes y a su mayor o menor participación en ésta. Los intercambios de información se produjeron en un triple plano; pero todo ello produjo una afectación del mercado automovilístico, razón por la cual, desde un punto de vista público, ha supuesto una restricción anticompetitiva.

Por tanto, se produjo una infracción única y continuada que constituyó una restricción de la competencia por su objeto; de forma que se ocasionaron "efectos perniciosos sobre la competencia efectiva en el mercado". Así en el fundamento de derecho sexto, la CNMC explica que "la infracción está constituida por el intercambio de información confidencial comercial sensible, actual y futura, altamente desagregada. Los intercambios de información eran parte de un acuerdo complejo, que subsume múltiples acuerdos de intercambio de información, en ejecución de un plan preconcebido, aprovechando idéntica ocasión generado por foros específicos de comercialización y posventa, utilizando métodos y sistemas de seguimiento con la misma finalidad, desde febrero de 2006 hasta agosto de 2013".

En concreto, como hechos probados se determina que existieron:

- 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 han participado 20 empresas distribuidoras de las marcas AUDI, BMW, CHEVROLET, CITROËN, FIAT-LANCIA-ALFA ROMEO, FORD, HONDA, HYUNDAI, KIA, MAZDA, NISSAN, OPEL, PEUGEOT, RENAULT, CHRYSLER-JEEP-DODGE, SAAB, SEAT, SKODA, TOYOTA y VW, con la colaboración de la consultora 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 han participado 17 empresas distribuidoras de marcas de automóviles, en concreto, las de las marcas AUDI, BMW, CHEVROLET, CITROËN, FIAT, FORD, HONDA, HYUNDAI, KIA, MAZDA, NISSAN, OPEL, PEUGEOT, SEAT, SKODA, TOYOTA, VW, LEXUS, MERCEDES, MITSUBISHI (esto es, B&M; en los elementos probatorios que constan en el expediente se identifica por la citada marca), PORSCHE y VOLVO, con la colaboración de la consultora 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 21 Memoria Anual ANFAC 2013 (folios 21760 a 21839). 26 por cada una de las citadas marcas, con ocasión de las denominadas "Jornadas de Constructores", en los que han participado 14 empresas distribuidoras de las marcas de automóviles que participaban en los anteriores intercambios de información, en concreto, AUDI, BMW, CITROËN, FIAT, FORD, HYUNDAI, MAZDA, NISSAN, OPEL, PEUGEOT, SEAT, SKODA, TOYOTA, VW, LEXUS, RENAULT, SAAB y VOLVO, desde abril de 2010 a marzo de 2011.

Estos intercambios de información confidencial comprendían gran cantidad de datos, tales como (i) la rentabilidad y facturación de sus correspondientes Redes de concesionarios en total y desglosado por venta de automóviles y actividades de posventa; (ii) los márgenes comerciales y política de remuneración ofrecida por las marcas a sus Redes de concesionarios; (iii) las estructuras, características y organización de sus Redes de concesionarios y datos sobre políticas de gestión de dichas Redes; (iv) las condiciones de sus políticas y estrategias comerciales actuales y futuras de marketing de posventa; (v) las campañas de marketing al cliente final; (vi) los programas de fidelización de sus clientes. Todo ello forma parte de un acuerdo complejo, en el que se subsumen múltiples acuerdos de intercambio de información comercialmente sensible, participando 14 del total de las marcas incoadas, en concreto, AUDI, BMW, CITROËN, FIAT, FORD, HYUNDAI, MAZDA, NISSAN, OPEL, PEUGEOT, SEAT, SKODA, TOYOTA y VW en los tres foros de intercambio; CHEVROLET, HONDA, KIA, LEXUS, RENAULT, SAAB y VOLVO en dos de ellos y MITSUBISHI, MERCEDES, CHRYSLER y PORSCHE, en uno de ellos.

Así pues, se produjeron tres líneas de intercambio de información o "estructuras de intercambio": la primera relativa a la información de la distribución y comercialización, comúnmente denominado "Club de marcas"; el segundo, relativa a intercambios de información posventa; y por último, los intercambios de información de marketing (Foro de Directores).

En el presente caso, BMW alega que el vehículo fue adquirido una vez había finalizado su participación en "El Cub de Marcas".

Y ello es así, por cuanto el vehículo fue adquirido en fecha 2 de febrero de 2012 y de conformidad con la resolución de la CNMC su participación se produjo desde junio de 2008 a noviembre de 2009.

La sentencia de la Sección 32 de fecha 7 de julio de 2023 desestimó la reclamación contra la demandada por haber sido adquirido el vehículo con anterioridad al inicio de la participación de la demandada en el cártel.

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



pacto convencional, sin que pueda extenderse al ámbito de la solidaridad impropia, como es la derivada de responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente...".

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

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

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

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

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

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

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

En relación con el cártel de los camiones y este efecto rezago, esta juzgadora ha mantenido el mismo criterio respecto de la exclusión de reclamaciones de vehículos adquiridos con posterioridad a la finalización de la fecha del cártel. Si bien en el caso de los camiones la adquisición del vehículo es posterior a la fecha teórica de finalización de los efectos, y en el presente caso, no de la infracción sino de la participación de BMW, ello no invalida las conclusiones. Por cuanto, en el momento de adquisición del vehículo habían pasado varios años sin que la fabricante demandada tuviera a su disposición la información y participase en los intercambios. En las referidas sentencias sobre el cártel de vehículos explicaba que es posible considerar el hecho de que los efectos de la infracción pudieran prolongarse más allá de la fecha de finalización de los efectos fijada por la Decisión; es decir, no hay un efecto de cese inmediato de los efectos del cártel. Ello no es incompatible con un debilitamiento de los mismos, a medida que pasaron los meses. Sin embargo, el problema que se plantea es la propia determinación, extensión y limitación del periodo temporal del efecto rezago y cómo ha influido en el sobrecoste y su evolución posterior.

La demandante parte de la premisa de que en el año 2011 los efectos del cartel se prolongaron. Pero se trata de una presunción. En el informe pericial se justifica teóricamente, pero no con una justificación adicional. El método aplicado es el mismo que para el resto de años, es decir, que no se justifica; tampoco se realiza una comparación de la evolución de los precios que ilustre y verifique los efectos producidos a lo largo de los meses, en 2011 e incluso en 2012.[...]

Esta falta de justificación adicional contra con la diligencia y prudencia del informe pericial que se basa en la aplicación de tres métodos, comparativos, y en sus distintos aspectos, realiza comparaciones preliminares o intermedias. No así para el caso del efecto refago, que como digo se presume como consecuencia de un menor porcentaje de sobrecoste.

En definitiva, debe desestimarse la demanda, conforme lo expuesto. Las conductas que sustentan la infracción y la participación de cada fabricante está perfectamente delimitado en la resolución administrativa y posteriores resoluciones judiciales. No cabe instar una aplicación extensiva de la infracción y sus efectos, así como de la responsabilidad a todos los infractores por su estricta participación. Tampoco resulta admisible que ni se otorgue la mínima justificación de la referida extensión cuando el vehículo se ha adquirido años después de la intervención de BMW en el Club de Marcas, ni referencia a ello, sino que se parte de la presunción de que la participación de un fabricante produjo en todo caso idénticos efectos, lo que no es admisible ni corresponde con el ejercicio de una acción consecutiva. Por todo ello, se desestima la demanda íntegramente.



QUINTO.- Costas

De conformidad con el art. 394 LEC, la desestimación de la demanda conlleva la imposición de costas a la parte demandante.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación y administrando Justicia en virtud de la autoridad conferida por la Constitución española en nombre de S.M. el Rey,

FALLO

DESESTIMO la demanda presentada por Elsa contra BMW Ibérica S.A.U. y **ABSUELVO** a la demandada de todos los pedimentos que en su contra pudieran derivarse de este procedimiento.

CON IMPOSICIÓN de costas a la demandante.

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe interponer recurso.

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

La Magistrado/a Juez

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada 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 o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.