



Roj: **SJM M 5380/2023 - ECLI:ES:JMM:2023:5380**

Id Cendoj: **28079470142023100036**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Madrid**

Sección: **14**

Fecha: **04/05/2023**

Nº de Recurso: **233/2022**

Nº de Resolución: **55/2023**

Procedimiento: **Juicio verbal**

Ponente: **CARMEN GONZALEZ SUAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

#### **JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 14 DE MADRID**

C/ Gran Vía, 52 , Planta 3ª - 28013

Tfno: 917043517

Fax: 917031996

42020306

NIG: 28.079.00.2-2022/0216116

**Procedimiento: Juicio Verbal 233/2022**

Materia: Contratos en general

Clase reparto: DEMANDAS ART. 101 Y 102 UE

PV/ Telefono: 914933433

**Demandante:** D./Dña. Belen

PROCURADOR D./Dña. BEATRIZ CASTELO GOMEZ DE BARREDA

**Demandado:** NISSAN IBERIA S.A.

PROCURADOR D./Dña. JOSE CECILIO CASTILLO GONZALEZ

**SENTENCIA Nº 55/2023**

En Madrid, a 3 de mayo de 2023

Vistos por Dª Carmen González Suárez, magistrada titular de este Juzgado los autos los autos registrados entre los de su igual clase con el nº arriba referenciado, identificado el proceso por los siguientes elementos:

- *Tipo de procedimiento:* Juicio Verbal

- *Parte actora:* Belen , procuradora Beatriz Castelo Gómez de Barreda, abogado Natividad Xiqués Parrilla.

- *Parte demandada:* NISSAN IBERIA, S.A., en rebeldía procesal.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** - El 19 de mayo de 2022, Belen interpuso demanda de juicio verbal contra NISSAN IBERIA, S.A, en ejercicio de una acción de daños por infracción del derecho de defensa de la competencia.

En el suplico de la demanda solicita que (...) *se acuerde el resarcimiento por los daños y perjuicios causados en la cuantía de 3.032,85 € más los intereses legales devengados desde la fecha de adquisición del vehículo.*



**SEGUNDO.** - Por decreto se admitió a trámite la demanda, dándose traslado de la misma a la parte demandada para su contestación. Puesto que la demandada no contestó a la demanda en plazo, por Diligencia de ordenación de fecha 03/04/2023 se declara su situación de rebeldía procesal.

**TERCERO.** - Por Diligencia de Ordenación de fecha 03/04/2023 pasan los autos a S.Sª para dictar la resolución procedente.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. - OBJETO DEL PROCESO Y PRETENSIONES DE LAS PARTES

1. Belen ejercita una acción de reclamación por daños derivados de una infracción del derecho de defensa de la competencia frente a NISSAN IBERIA, S.A. y solicita que se condene a la demandada al pago del sobreprecio que ha soportado en la adquisición de un vehículo, sobreprecio que cuantifica en la cantidad de 3.032,85 €.

Fundamenta sus pretensiones, síntesis, en que en agosto de 2011 adquirió un vehículo de la marca Nissan. El 23 de julio de 2015, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) dictó la resolución S/0482/13 por la que declaraba acreditada una infracción muy grave del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, consistente en un intercambio de información confidencial comercialmente sensible siendo estas prácticas constitutivas de un cártel ejecutado entre el mes de junio de 2008 y el mes de agosto de 2013, infracción en la que participó la demandada como empresa distribuidora de la marca Nissan en España.

2. NISSAN IBERIA, S.A. no comparece en el procedimiento, por lo que fue declarada en rebeldía. De conformidad con el art. 496.2 LEC la declaración de rebeldía no será considerada como allanamiento ni como admisión de los hechos de la demanda. Asimismo, según reiterada jurisprudencia, ( SS. del T.S. de 16-6-78, 29-3-80, 3-4-87, 6-3-90, 10-11-90, 25-2-95 y 8-5-01, entre otras) la rebeldía no libera al actor de la carga de probar los extremos constitutivos de su pretensión, pudiendo ser considerada como una oposición tácita a la misma. Es decir, la rebeldía se asimila a la situación en que el demandado niega los hechos alegados por el actor y se opone a su petición, por lo que el demandante habrá de desplegar, para que sea estimada su pretensión, idéntica actividad que si el demandado se hubiera opuesto expresamente, de ahí que la rebeldía suponga una resistencia implícita. Por tanto, el éxito de la demanda requerirá ineludiblemente que la parte actora de respuesta suficiente a la carga probatoria que pesa sobre ella, de conformidad con lo previsto en el artículo 217.2 LEC, de acreditar los extremos en que aquélla se sustenta.

### SEGUNDO. - CONDUCTA ANTIJURÍDICA. INFRACCIÓN CONSTATADA Y SANCIONADA EN LA RESOLUCIÓN DE LA CNMC

#### 1. Conducta sancionada por la resolución de la CNMC y hechos relevantes

Sin perjuicio de analizar en mayor profundidad los hechos constitutivos de la infracción en ulteriores fundamentos jurídicos (fundamentalmente al examinar la existencia del daño) conviene dejar apuntados los elementos esenciales de la conducta antijurídica que fundamenta la acción de daños ejercitada en el presente procedimiento.

La resolución de la CNMC de 23 de julio de 2015 (Expediente NUM000 , "Fabricantes de automóviles") considera acreditada una infracción del artículo 1 de la ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y declara responsables a veintitrés empresas distribuidoras de vehículos -entre las se encuentra la demandada, Nissan Iberia S.A., empresa distribuidora de los automóviles de la marca Nissan en España- por su participación en un cártel de intercambio de información confidencial, futura y estratégica en las áreas de gestión empresarial, posventa y marketing, desde febrero de 2006 hasta julio de 2013.

La CNMC señala que:

*(...) nos encontramos ante un intercambio información que encaja plenamente en las características de acuerdo colusorio restrictivo de la competencia descritas en las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal. Como consecuencia de la información intercambiada, los participantes conocían las principales cifras y resultados económicos obtenidos por sus competidores en los mercados de venta (nuevos y usados) y postventa (taller y venta de recambios), los beneficios por departamentos en importes totales y en porcentaje, las cifras de gastos (en porcentaje y en total), así como el beneficio neto antes de impuestos, (en porcentaje y en total) y los márgenes comerciales de la Red de concesionarios de las marcas participantes en el intercambio.*

(...) Pese a que el intercambio de información sensible como la acreditada y en las circunstancias analizadas en este expediente constituye un supuesto de restricción de la competencia por su objeto y ello es por sí suficiente para apreciar el ilícito administrativo y determinar las responsabilidades correspondientes, también ha quedado probado que la conducta ha ocasionado efectos perniciosos sobre la competencia efectiva en el mercado, al provocar una artificial disminución de la incertidumbre de las empresas en relación a la política comercial de sus competidoras y una correlativa disminución de la competencia durante los años en los que se produjeron los intercambios de información analizados.

El apartado III de la resolución bajo la rúbrica "hechos acreditados" contiene una detallada descripción de los hechos considerados probados por la CNMC y señala que las empresas sancionadas participaron en tres modalidades de intercambio de información:

(...) 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, CITROËN, FIAT-LANCIA-ALFA ROMEO, FORD, HONDA, HYUNDAI, KIA, MAZDA, NISSAN, OPEL, PEUGEOT, RENAULT, CHRYSLER-JEEP-DODGE, SAAB, SEAT, SKODA, TOYOTA y VW, con la colaboración de SNAP-ON desde noviembre de 2009.

2.- Intercambios de información comercialmente sensible, sobre sus servicios y actividades de posventa, así como respecto a sus actividades de marketing en España desde marzo de 2010 hasta, al menos, agosto de 2013. En tales intercambios de información habrían participado 17 empresas distribuidoras de marcas de automóviles, en concreto, las de las marcas AUDI, BMW, CHEVROLET, CITROËN, FIAT, FORD, HONDA, HYUNDAI, KIA, MAZDA, NISSAN, OPEL, PEUGEOT, SEAT, SKODA, TOYOTA, VW, LEXUS, MERCEDES, MITSUBISHI (esto es, B&M; en los elementos probatorios que constan en el expediente se identifica por la citada marca), PORSCHE y VOLVO, con la colaboración de URBAN desde 2010.

3.- Intercambios de información comercialmente sensible relativa a las condiciones de las políticas y estrategias comerciales actuales y futuras con respecto al marketing de posventa, campañas de marketing al cliente final, programas de fidelización de clientes, las políticas adoptadas en relación con el canal de Venta Externa y las Mejores Prácticas a adoptar por cada una de las citadas marcas, con ocasión de las denominadas "Jornadas de Constructores", en los que habrían participado 14 empresas distribuidoras de las marcas de automóviles que participaban en los anteriores intercambios de información, en concreto, AUDI, BMW, CITROËN, FIAT, FORD, HYUNDAI, MAZDA, NISSAN, OPEL, PEUGEOT, SEAT, SKODA, TOYOTA, VW, LEXUS, RENAULT, SAAB y VOLVO, desde abril de 2010 a marzo de 2011.

Estos intercambios de información confidencial comprendían, por tanto, 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.

La resolución de la CNMC fue recurrida por la demandada ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional que dictó sentencia desestimatoria.

Contra esta sentencia Nissan interpuso recurso de casación, que fue resuelto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Sección 3ª, en sentencia de 7 de junio de 2021, en el sentido de declarar no haber lugar al recurso.

## **2. Valoración**

De la descripción de los hechos y la valoración jurídica de la conducta efectuadas en la resolución de la CNMC se desprende que NISSAN IBERIA, S.A. participó en un cártel de intercambio de información contrario al art. 101 TFUE y al art. 1 LDC, motivo por el que se considera acreditado el primero de los requisitos de la acción de indemnización de daños y perjuicios ejercitada en la demanda, a saber, la concurrencia de una conducta antijurídica imputable a la demandada.

## **TERCERO. - CONCURRENCIA DEL DAÑO Y RELACIÓN DE CAUSALIDAD**

### **1. Posición de la parte demandante**

En lo que respecta al daño, el escrito de demanda sostiene que, como consecuencia de las actividades llevadas a cabo por los fabricantes sancionados, se produjo 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 los mismos.

La cartelización ha influido en la generación de daños a los consumidores, que no pudieran beneficiarse de los mayores descuentos o mejores condiciones comerciales que hubieran existido si no se hubieran aplicado dichos acuerdos y hubiera existido, por tanto, competencia en el mercado entre las distintas marcas. Todo ello ha determinado que los consumidores paguen un precio superior al que en un contexto de libre competencia hubieran pagado por estar pactado entre las marcas.

## 2. Régimen jurídico

A la vista de las alegaciones de la parte demandante se deben efectuar, con carácter previo, una serie de precisiones relativas al régimen jurídico aplicable.

2.1. El art. 76. 3 LDC dispone que "se presumirá que las infracciones calificadas como cártel causan daños y perjuicios, salvo prueba en contrario".

La Disposición Transitoria Primera del Real Decreto-ley 9/2017, regula el ámbito de aplicación del régimen introducido en la Ley de Defensa de la Competencia, estableciendo que las modificaciones sustantivas introducidas en la ley, entre las que se encuentran las presunciones, no se aplicarán con efecto retroactivo, lo que implica que no podrán ser de aplicación aquellas infracciones del derecho de la competencia que hubieran cesado antes de la entrada en vigor del nuevo régimen el 27 de mayo de 2017. En consecuencia, dado que la infracción que nos ocupa cesó en el mes de julio de 2013, no procede la aplicación de la presunción del artículo 76.3 LDC.

Tampoco cabría aplicar las presunciones contenidas en la Directiva, en particular, el artículo 17.2, precepto que presume que las infracciones calificadas como cártel causan daños y perjuicios salvo prueba en contrario, pues se trata de una disposición de naturaleza sustantiva no susceptible de aplicación a infracciones finalizadas antes de que haya expirado el plazo de transposición de la Directiva el 27 de diciembre de 2016. En este sentido, la sentencia del TJUE de 22 de junio de 2022 señala que:

*(...) el artículo 17, apartado 2, de la Directiva 2014/104 debe interpretarse en el sentido de que constituye una disposición sustantiva a efectos del artículo 22, apartado 1, de esta Directiva y de que en su ámbito de aplicación temporal no está comprendida una acción por daños que, aunque fue ejercitada con posterioridad a la entrada en vigor de las disposiciones 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.*

2.2. Descartada la aplicación de la presunción contenida en la LDC y la Directiva de daños, se ha de acudir al régimen general en materia de resarcimiento de daños y perjuicios.

La doctrina general del Tribunal Supremo en materia de indemnización de daños es que los mismos no se presumen, sino que tanto su existencia como su importe deben acreditarse por quien los reclama en aplicación del principio general del artículo 217.2 de la LEC .

Como excepción, la jurisprudencia presume la existencia del daño cuando se produce una situación en la que los daños y perjuicios se revelan como reales y efectivos. Se trata de supuestos en que la existencia del daño se deduce necesaria y fatalmente del ilícito o del incumplimiento, o son consecuencia forzosa, natural e inevitable, o daños incontrovertibles, evidentes o patentes, según las diversas dicciones utilizadas. Se produce una situación en que "habla la cosa misma" (" *ex re ipsa*"), de modo que no hace falta prueba, porque la realidad actúa incontestablemente por ella ( sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2008, con cita de las sentencias de 25 de febrero y 19 de junio de 2000, 29 de marzo de 2001 y 23 de marzo de 2007).

En consecuencia, aunque el derecho transitorio impida la aplicación la presunción prevista en Directiva, cabría considerar acreditada la existencia de un daño acudiendo a la jurisprudencia de los daños " *ex re ipsa*" si el examen de la conducta sancionada por la CNMC revela que el daño es una consecuencia forzosa, natural o inevitable de la misma. En definitiva, se debe analizar si la descripción y la valoración jurídica de la conducta efectuadas en la resolución de la CNMC evidencian la existencia de un daño.

## 3. La descripción y la valoración de la conducta efectuadas en la resolución de la CNMC evidencian que tuvo efectos en el mercado

3.1. La evidencia empírica existente en la literatura económica y financiera revela que, por regla general, la existencia del cártel produce un efecto en el mercado consistente en un coste excesivo.



En este sentido, la Guía Práctica de la Comisión (párrafos 140 a 145) señala que infringir las normas de competencia expone a los miembros del cártel al riesgo de ser descubiertos y, por lo tanto, objeto de una decisión por la que se declare una infracción y la imposición de importantes multas. El mero de hecho de que las empresas participen 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 lo tanto, en sus clientes.

Los tribunales, basándose en este conocimiento empírico, han declarado que es probable que, por regla general, los cárteles den lugar a costes excesivos y que cuanto más duradero y sostenible haya sido un cártel más difícil le resultaría al demandado alegar que no había habido un impacto negativo sobre los precios en un caso concreto.

En este sentido, la sentencia de la Sección 28 de la AP de Madrid de 3 de febrero de 2020 (*Cártel de los sobres de papel*) señala que:

*(...) no tiene sentido alguno el mantenimiento del cártel durante tan largo periodo de tiempo con los riesgos que ello implica para sus miembros, si no se obtenían beneficios del mismo o, lo que es lo mismo, si los clientes no pagaban sobrepagos por las compras, soportando así el correspondiente daño.*

En el caso que nos ocupa, la resolución de la CNMC declara responsable a la demandada por su participación en un cártel de intercambio de información confidencial, futura y estratégica en las áreas de gestión empresarial, postventa y marketing, desde febrero de 2006 hasta julio de 2013, lo que constituye un importante indicio de que ha producido un efecto en el mercado y el punto de partida a la hora de considerar probada la existencia de un daño.

3.2. La resolución de la CNMC considera acreditado (apartado tercero) que 20 empresas distribuidoras de automóviles -entre las que figura la demandada- intercambiaron 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.*

La sentencia de la Audiencia Nacional señala que, con esta conducta, los fabricantes de automóviles perseguían obtener una mayor rentabilidad en las redes oficiales de concesionarios.

*(...) "Concluimos que figuran en el expediente administrativo numerosos indicios y pruebas que ponen de manifiesto que las empresas fabricantes de automóviles de las distintas marcas mantuvieron entre ellas diversos contactos, bien a través de reuniones o bien a través de correos electrónicos, que implicaron una actuación conjunta y común en un mismo mercado con un mismo objetivo: principalmente perseguían obtener una mayor rentabilidad en las redes oficiales de concesionarios y para ello se comprometieron a remitir de forma periódica -según los datos, podía ser mensual, trimestral o anual- datos que permitían conocer los resultados económicos de sus competidores, así como las medidas estratégicas y comerciales que eran eficaces para mantener la viabilidad de los concesionarios mejorando la venta de vehículos."*

En la misma línea, la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo señala que la información intercambiada se refería a la remuneración y márgenes comerciales de las redes de concesionarios, con influencia en el precio final de venta.

*(...) 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".*

Partiendo de que el intercambio de información afectó a la remuneración y los márgenes de los concesionarios, la resolución de la CNMC se pronuncia sobre los efectos que dicha conducta produjo en el mercado al examinar la responsabilidad de los implicados e imponer la sanción (apartado séptimo) y señala expresamente que la disminución de la competencia se trasladó al consumidor final.

Así, la resolución señala (página 92) que la conducta no se materializó en una fijación explícita de precios o de cantidades por parte de los partícipes, sino en un intercambio de información sobre márgenes comerciales y políticas de retribución de la redes de concesionarios para eliminar incertidumbre sobre la evolución del mercado y asegurar su estabilidad, lo que se tradujo 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 la respectivas redes de concesionarios, así como de los servicios posventa prestados en ellos.

Según la resolución, la disminución de la competencia generada por tales intercambios de información se ha 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.

3.3. En consecuencia, de la resolución de la CNMC y las resoluciones dictadas en la vía contencioso-administrativa se desprende que los intercambios de información perseguían obtener una mayor rentabilidad afectando, entre otros extremos, a los márgenes comerciales de los concesionarios y que esta afectación de los márgenes se trasladó a los compradores finales de vehículos, pues se tradujo en una reducción de los descuentos que los concesionarios aplicaban a sus clientes.

#### **CUARTO. - CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO**

Acreditada la existencia del daño y la relación de causalidad, corresponde a la parte demandante la carga de cuantificar el coste excesivo abonado como consecuencia de la conducta colusoria.

##### **1. Conclusiones y metodología del informe pericial de la parte actora.**

La parte demandante aporta como documento 6 el informe pericial "ACG consultores", elaborado por Teodosio, economista.

El informe pericial señala que se ha utilizado el método de interpolación lineal, método que explica pormenorizadamente desde un punto de vista técnico y concluye que el perjuicio económico sufrido por la demandante en la compra del vehículo marca Nissan es de 3.032,85 €.

##### **2. Valoración**

La cuantificación de daños y perjuicios exige un ejercicio de comparación entre el escenario durante el periodo de infracción y el escenario en ausencia de infracción o contrafactual, lo que obliga a la realización de un estudio propio y específico que tenga en cuenta las circunstancias del caso. La cuantificación del daño debe presentar un relato de los hechos ocurridos que resulte convincente en torno a hipótesis transparentes, razonables y técnicamente fundadas sobre datos contrastables.

En el presente caso, el informe pericial se limita a calcular, partiendo de una premisa completamente injustificada, a saber, que el cártel ocasionó un sobreprecio de un mínimo de un 10 y un máximo de un 15 %, el grado de participación que se asigna a la demandada, en nuestro caso, Nissan, otorgando una puntuación basada en tres criterios (participación en las tres conductas sancionadas, meses de participación en el cártel y ponderación del valor afectado máximo). Como aplicando esos tres criterios a Nissan se le asignan 3,77 puntos, aplicando la fórmula de interpolación lineal a Nissan le corresponde un 13,41 % de sobreprecio.

En consecuencia, el dictamen pericial parte de una premisa falsa que el cártel ocasionó un mínimo de un 10 y un máximo de un 15 % de sobreprecio. No justifica de dónde obtiene dicha horquilla, por lo que ha de presumirse que utiliza las medias de estudios teóricos -tipo Oxera, Smuda o similar- aplicando las medias de sobreprecio que arrojan sus resultados.

La utilización de estos promedios ha sido descartada tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia porque no permiten tomar en consideración las circunstancias del caso concreto y, en consecuencia, conducen a resultados arbitrarios.

Por este motivo, la Guía práctica de la Comisión señala que las conclusiones de los efectos de los cárteles plasmadas en este tipo de estudios en ningún caso pueden sustituir la cuantificación del perjuicio (par. 145) (...) *"estas conclusiones de los efectos de los cárteles no sustituyen a la cuantificación del perjuicio específico sufrido por los demandantes en un asunto concreto"*.

En esta línea, la sentencia de la Secc. 28 de la AP de Madrid de 10 de diciembre de 2021 señala que:

*(...) No es posible asumir sin más para la cuantificación un promedio derivado de estudios realizados en cárteles en multitud de mercados distintos y con referencias espaciales, temporales y materiales múltiples. Los promedios genéricos no superan el estándar mínimo de prueba que debe exigirse al demandante.*

Adicionalmente, el método empleado no está suficientemente razonado, ni puede ser considerado uno de los métodos comúnmente aceptados para la cuantificación del sobrecoste, en particular, no es uno de los métodos contemplados en la Guía Práctica.

Por último, los tres criterios empleados para asignar la puntuación a cada marca son completamente arbitrarios y tampoco están debidamente justificados. Así por ejemplo, asigna tres puntos a aquellas marcas que, como Nissan, participaron en los tres intercambios de información a los que se hace referencia a la resolución de la CNMC, sin justificar por qué el intercambio de información sobre los servicios de postventa o sobre las campañas de marketing influyó en el precio que pagó el consumidor final, máxime teniendo en cuenta que la resolución de la CNMC indica expresamente que el traslado al consumidor se efectuó en forma



de menores descuentos, de lo que se deduce que la conducta que ocasionó el daño que se reclama fue el intercambio de información sobre la remuneración a concesionarios, conducta que motivó la reducción en los descuentos.

En resumen, el dictamen no realiza una comparación entre el escenario durante el periodo de infracción y el escenario en ausencia de infracción o contrafactual, ni presenta un relato de los hechos que resulte convincente en torno a hipótesis razonables y técnicamente fundadas, por lo que, en definitiva, no puede considerarse que haya efectuado una cuantificación del daño.

### **3. Carga de cuantificar el daño y la facultad de acudir a la estimación judicial**

Puesto que, por los motivos apuntados, no pueden asumirse las conclusiones del informe pericial de la parte actora, cabe preguntarse si el juez está facultado para efectuar una estimación del daño.

Con carácter previo, se ha de señalar que la facultad de estimación del daño no aparece configurada ni en la Directiva de daños ni en la jurisprudencia como una potestad absoluta e incondicionada del órgano judicial, sino como una herramienta que se otorga al juez para cuantificar los daños y perjuicios en aquellos casos en los que la parte demandante ha cumplido con su obligación de cuantificar y probar el importe del perjuicio sufrido y, pese a ello, no lo ha logrado por las dificultades inherentes a dicha cuantificación.

De los Considerandos de la Directiva 2014/104 (45) y (46) se desprende que el perjudicado tiene la obligación de demostrar la magnitud del daño que ha sufrido para poder obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios. Una vez cumplida esta obligación, dado que en este tipo de procedimientos es imposible cuantificar el daño con total precisión (por la asimetría de información entre las partes y el carácter meramente estimativo e hipotético de la cuantificación) se rebaja el estándar probatorio, dotando a los jueces de la potestad de fijar la cuantía del perjuicio con base en criterios estimativos.

En este sentido, las conclusiones del Abogado General en el asunto C-267/20 recalcan que la facultad de estimación no retira la obligación de la parte demandante de cuantificar y probar el perjuicio sufrido, sino que es una herramienta que autoriza al juez a ajustar los estándares de prueba necesarios para cuantificar el importe del perjuicio:

*(75) Asimismo, cabe señalar que, contrariamente al artículo 17, apartado 2, de la Directiva 2014/104, el artículo 17, apartado 1, de esta no retira la carga de la prueba ni la obligación principal que incumbe a la parte demandante de cuantificar y probar el importe del perjuicio sufrido. La mencionada disposición se limita a proporcionar únicamente a los órganos jurisdiccionales nacionales un método de cuantificación del importe del perjuicio, ofreciéndoles un margen de apreciación que les permita ajustar los estándares de prueba necesarios a efectos de la determinación del importe del perjuicio y aceptar, por tanto, un nivel de prueba inferior respecto del que normalmente se exige, cuando los demandantes tienen dificultades para cuantificar con precisión el perjuicio causado.*

A las mismas conclusiones se llega acudiendo a la doctrina fijada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en la sentencia del de 7 de noviembre de 2013 relativa al "cártel del azúcar". Esta resolución, partiendo de la imposibilidad de realizar una reproducción perfecta de cual hubiera sido la situación si no se hubiera producido la conducta ilícita, admite una mayor amplitud del poder de los jueces para estimar el perjuicio cuando las críticas al informe pericial del perjudicado sean las comunes a las valoraciones de daños y perjuicios que consisten en proyecciones (fundamento jurídico séptimo, punto tercero).

*(...) En cuanto a la crítica del método valorativo utilizado en el informe pericial de las demandantes, pone de manifiesto la imposibilidad de realizar una reproducción perfecta de cuál hubiera sido la situación si no se hubiera producido la conducta ilícita, pero eso es un problema común a todas las valoraciones de daños y perjuicios que consisten en proyecciones de lo que habría sucedido si la conducta ilícita no hubiera tenido lugar. Es lo que la propuesta de Directiva llama la comparación entre la situación real, consecuencia de la práctica restrictiva de la competencia, y la "situación hipotética contrafáctica", esto es, la que hubiera acaecido de no producirse la práctica ilícita. Para la propuesta, esta dificultad no debe impedir que las víctimas reciban un importe de indemnización adecuado por el perjuicio sufrido, sino que justificaría una mayor amplitud del poder de los jueces para estimar el perjuicio.*

En esta línea, la sentencia de la Secc. 28 de la AP de Madrid de 10 de diciembre de 2021 señala la necesidad de que el demandante cumpla con un estándar mínimo de prueba para que pueda entrar en juego la facultad de estimación del daño:

*(...) Por ello no deben confundirse las facultades estimativas con el estándar mínimo de prueba. Las facultades estimativas son aplicables para corregir el problema que representa la aproximación a la cuantía de los daños en los informes periciales, pero no exoneran al demandante de ofrecer una valoración de los daños al menos*



aproximativa y razonable - aunque no resulte precisa o se introduzcan variables necesariamente hipotéticas - de acuerdo con los hechos que sustentan la infracción, aplicando alguno de los métodos aceptados en la teoría económica.

Asimismo, la sentencia delimita el alcance de la facultad de estimación judicial en los siguientes términos: a) otorga al órgano judicial de amplias facultades discrecionales, tanto en cuanto a las cifras como en cuanto a los datos estadísticos que se elijan y, sobre todo, al modo en que se utilizan para el cálculo de los daños y perjuicios; b) impide que se desestime la cuantificación del sobre coste simplemente porque la parte no esté en disposición de cuantificar con precisión; c) no supone eludir el estándar mínimo de prueba exigible al demandante de manera que el tribunal acabe por aplicar directamente tal o cual porcentaje según estudios genéricos o acuda al arbitrio judicial; d) tampoco autoriza a acudir a valoraciones meramente basadas en la equidad - art.3.2.CC-.

En consecuencia, la facultad de estimación judicial amplía el poder de los jueces para fijar la cuantía del perjuicio con base en criterios estimativos cuando no se pueda cuantificar con precisión los daños sobre la base de las pruebas disponibles, pero en ningún caso autoriza que el órgano judicial enmiende una infracción del deber de cuantificar los daños que pesa sobre la víctima.

La reciente sentencia del TJUE de 16 de febrero de 2023 corrobora lo anterior, al señalar en su párrafo 57 que, en aquellos casos en los que la imposibilidad práctica de evaluar los perjuicios se deba a la actividad de la parte demandante, no corresponde al juez nacional sustituir a esa parte, ni suplir su falta de acción

Por todo ello, en supuestos como el que nos ocupa, en los que, por los motivos apuntados, el perjudicado no ha efectuado el esfuerzo de construir una hipótesis de lo que habría ocurrido en ausencia de la infracción y, en definitiva, por cuantificar el daño en el caso concreto, no es posible acudir a la estimación judicial del daño, motivo por el cual se debe desestimar la demanda.

#### **QUINTO. - COSTAS**

En cuanto a las costas procesales, en aplicación del art. 394.2 LEC a la vista de que el caso presenta dudas de derecho, al existir jurisprudencia contradictoria, no procede imponer las costas procesales.

En virtud de las razones expuestas, de las pruebas analizadas y de los preceptos citados,

#### **FALLO**

Desestimar la demanda interpuesta por Belen contra Nissan Iberia, S.A., sin condena en costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes, con expresa prevención de que la misma no es firme, pues cabe contra ella recurso de apelación, que deberá interponerse en el plazo de 20 días contados desde el siguiente a su efectiva notificación.

Así por esta mi sentencia, que dicto, mando y firmo en el día de su fecha, de la cual se dejará testimonio en los autos de su razón, llevándose su original al libro correspondiente, y ejecutoriándose, en su caso, en nombre SM el Rey.

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.