



WWW.CONSULTORESTECNICOS.ES

Roj: **SAP VA 1816/2023 - ECLI:ES:APVA:2023:1816**

Id Cendoj: **47186370032023101129**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valladolid**

Sección: **3**

Fecha: **29/09/2023**

Nº de Recurso: **27/2023**

Nº de Resolución: **1002/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **IGNACIO MARTIN VERONA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

VALLADOLID

SENTENCIA: 01002/2023

Modelo: N10250

C.ANGUSTIAS 21

-

Teléfono: 983.413495 **Fax:** 983.459564

Correo electrónico:

Equipo/usuario: ICC

N.I.G. 47186 47 1 2022 0000256

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000027 /2023

Juzgado de procedencia: JDO. DE LO MERCANTIL N. 2 de VALLADOLID

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000125 /2022

Recurrente: BMW IBERICA S.A.U.

Procurador: TATIANA GONZALEZ RIOCEREZO

Abogado: RUBEN MAGALLARES BENDICHO

Recurrido: PATRISAVA S.L.

Procurador: BRUNO CANO VAZQUEZ

Abogado: JORGE ULISES CORONA HERRERO

SENTENCIA

Presidente Ilmo. Sr.:

D. ANTONIO ALONSO MARTIN

Magistrados Ilmos. Sres.:

D. MIGUEL ANGEL SENDINO ARENAS

D. IGNACIO MARTIN VERONA-Ponente

En VALLADOLID, a veintinueve de septiembre de dos mil veintitrés



Visto en grado de apelación ante esta Sección 3ª, de la Audiencia Provincial de VALLADOLID, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 125/2022, procedentes del JDO. DE LO MERCANTIL N. 2 de VALLADOLID, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 27/2023, en los que aparece como parte apelante, BMW IBERICA S.A.U., representado por la Procuradora de los tribunales, Dª. TATIANA GONZALEZ RIOCEREZO, asistido por el Abogado D. RUBEN MAGALLARES BENDICHO, y como parte apelada, PATRISAVA S.L., representado por el Procurador de los tribunales, D. BRUNO CANO VAZQUEZ, asistido por el Abogado D. JORGE ULISES CORONA HERRERO, sobre reclamación de cantidad derivada de ilícito competencial, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. D. IGNACIO MARTIN VERONA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el JDO. DE LO MERCANTIL N. 2 de VALLADOLID, se dictó sentencia con fecha 07.11.22, en el PROCEDIMIENTO ORDINARIO 125/2022 del que dimana este recurso. Se aceptan los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- La expresada sentencia contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento: " **FALLO:** Que estimando íntegramente la demanda formulada por la representación procesal de PATRISAVA SLU frente a BMW IBERICA SAU (BMW), debo condenar a ésta última a abonar a la primera la cantidad de 5.412,13 euros; más los intereses correspondientes, abonando cada una de las partes las costas ocasionadas a su instancia", que ha sido recurrido por la parte BMW IBERICA S.A.U., habiéndose opuesto la parte contraria.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, señalándose la audiencia del día 21.09.23, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRI MERO.- Por la representación de la mercantil BMW Ibérica SAU se ha formulado recurso de apelación frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Valladolid en el procedimiento de Juicio ordinario nº 125/22, que accedía a la pretensión ejercitada por la actora condenando a la demandada al pago indemnizatorio de 5.412,13 euros más los intereses desde la fecha de adquisición del vehículo, sin hacer pronunciamiento de costas procesales

Dic ha condena indemnizatoria se sustenta en el contenido de la Resolución adoptada por la CNMC de fecha 23 de julio de 2015 en el expediente S/0482/13 sobre fabricantes de automóviles, en virtud de la cual el actor ha reclamado los perjuicios ocasionados por el pago de sobreprecio en virtud de la adquisición a la demandada el día 14 de junio de 2012 del BMW 640D Gran Coupé, matrícula KKQ , por importe de 108.242,77 euros.

El importe indemnizatorio se determinó mediante la estimación judicial del daño, al haberse descartado por la juzgadora "a quo" la eficacia probatoria del informe pericial que se acompañó a la demanda a tal fin, llegando a la conclusión de que el sobreprecio aplicado al vehículo litigioso ascendió al 5% del precio abonado en su día para su adquisición por la actora.

Fre nte a dicha resolución judicial, se alza en apelación la demandada alegándose, en primer lugar, la excepción de prescripción de la acción cuyo día de inicio del cómputo, contrariamente a lo expresado en la sentencia impugnada, no puede referenciarse a la fecha de la firmeza de la Resolución (20 de abril de 2021) sino a la de publicación de la misma, que tuvo lugar con fecha 15 de septiembre de 2015, invocándose a este respecto la STJUE de fecha 22 de junio de 2022 (C-267/20) y diversas sentencias recaídas en otros juzgados de lo mercantil en esta misma materia.

Dad o que la demanda se presentó ante el Juzgado Decano de Valladolid con fecha 31 de mayo de 2022, sin haberse llevado a cabo actos previos interruptivos de la prescripción, han de desplegarse los efectos derivados de dicho instituto, decayendo el derecho del perjudicado, aun aplicado el régimen de prescripción de cinco años previsto en la Directiva 2014/104/UE y el artº 74.1 la Ley de defensa de la competencia.

Por otro lado, se alega que, atendiendo a la fecha de adquisición del vehículo al que se refiere la demanda, junio de 2012 y la participación de la demandada en el Club de Marcas, que según la p Resolución CNMC fue desde el mes de junio de 2008 hasta noviembre del año siguiente, se extrae la consecuencia de que BMW no pudo haberse beneficiado ya en esa fecha de las ventajas que se deprendieran de la conducta anticompetitiva sancionada, lo que implica que no concurre el exigible nexo de causalidad para apreciar la responsabilidad indemnizatoria que se pretende exigir a la demandada, con cita de diversa jurisprudencia provincial en apoyo de sus alegaciones.



Por la recurrente se invoca la errónea interpretación efectuada en la sentencia impugnada en cuanto a la naturaleza de la conducta declarada anticompetitiva por la resolución de la CNMC y su incidencia en los precios en el mercado minorista de los vehículos a la que se refiere aquella.

Así, se rechaza que del contenido de la Resolución pueda desprenderse que se ha apreciado que los intercambios de información fueran idóneos para generar sobrepuestos en el mercado minorista al no incluir referencias a precios de venta al público, sin que pueda aplicarse, como se ha efectuado en la sentencia impugnada, una presunción del daño en virtud de la doctrina "ex re ipsa" sino que incumbía a la actora la carga de acreditar cumplidamente la existencia del perjuicio y su concreta cuantificación económica.

En relación a la valoración de la prueba pericial, sobre la que sustenta la decisión la juzgadora "a quo" para determinar el perjuicio mediante el mecanismo de estimación judicial, se ponen de manifiesto por la recurrente las irregularidades, deficiencias e inexactitudes del informe pericial aportado por la actora, incumpliendo las exigencias que dimanaban de la doctrina jurisprudencial (STS de 7 de noviembre de 2013 en el denominado "Cartel del Azúcar") la Directiva sobre daños y los criterios expresados en la Guía de la Comisión, a lo que debe añadirse que se ha acreditado mediante el informe pericial aportado por la demandada la ausencia de daño alguno.

Se rechaza la posibilidad de proceder a una estimación judicial del daño, como se ha efectuado en la sentencia de instancia aplicando un porcentaje del 5% en concepto de sobrepuesto sobre el total abonado en su día por la actora, sustituyéndose la inactividad probatoria en que ha incurrido la demandante al haber sustentado su reclamación en un informe que carece de una mínima credibilidad y rigor técnico, pese a tener a su disposición el acceso a información necesaria para la cuantificación adecuada del perjuicio y a la aportación al procedimiento de un informe pericial aportado por la demandada que ha descartado la existencia de perjuicio alguno.

En definitiva, se interesaba la plena desestimación de la demanda, con imposición de costas a la actora.

Con ferido traslado, por la parte apelada se ha interesado su plena desestimación y la confirmación de la sentencia impugnada, con imposición de las costas devengadas en esta alzada a la recurrente.

SEGUNDO.-Prescripción.

La juzgadora "a quo" ha considerado vigente la acción ejercitada atendiendo como fecha de inicio de cómputo del plazo anual la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de abril de 2021, que confirmaba la dictada por la Audiencia Nacional ratificando definitivamente la sanción impuesta mediante la Resolución de la CNMC de 3 de julio de 2015 que constituye el fundamento de la pretensión indemnizatoria ejercitada por la actora.

La resolución judicial expresa que el plazo de prescripción es de cinco años, aplicando el criterio establecido en la STJUE de 22 de junio de 2022, que reproduce parcialmente en cuanto a la interpretación que debe hacerse de la aplicación de la directiva 2014/104/UE del Parlamento y del Consejo (artº 17 y 22 en relación con el artº 109, si bien matizando que, aunque se acudiera al plazo de un año previsto en la normativa nacional en el artº 1902 Cc, tampoco habría prescrito la acción atendiendo a la fecha de la STS que resolvía sobre la impugnación de la sanción ante la Audiencia Nacional, momento en el que los afectados por la conducta anticompetitiva conocieron de manera exacta el alcance de la responsabilidad exigible a las empresas integradas en el cártel.

Discrepa la recurrente de dicho criterio, alegando que ha de acudirse como fecha del cómputo de prescripción a la de la publicación del texto de la Resolución de la CNMC, por cuanto desde ese momento los posibles perjudicados conocían o podían conocer los datos necesarios para formular la eventual reclamación indemnizatoria.

El Tribunal Supremo, en sentencia nº 925/2023 de fecha 12 de junio de 2023, ha declarado en relación a la prescripción de este tipo de acciones ejercitadas al amparo de lo previsto en el artº 1902 y la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2014/104 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, lo siguiente:

" La Directiva, al regular el régimen de aplicación transitoria de sus disposiciones, distingue entre las normas sustantivas y las normas procesales (art. 22). De tal manera que, mientras establece la irretroactividad de las disposiciones sustantivas (art. 22.1) para las normas procesales, prevé que los Estados miembros puedan establecer que sean aplicables a las acciones de daños ejercitadas con posterioridad al 26 de diciembre de 2014 (art. 22.2). Para conocer si una norma tiene naturaleza sustantiva o procesal ha de estarse al Derecho de la Unión. Del mismo modo que también corresponde al Derecho de la Unión la determinación del alcance general de la irretroactividad previsto en el art. 22.1 de la Directiva (STJUE de 22 de junio de 2022, C-267/20, DAF & Volvo).



Como resaltó la Comisión Europea en sus observaciones al asunto que dio lugar a la STJUE de 22 de junio de 2022 (C-267/20, DAF & Volvo), las cuestiones planteadas por la Audiencia Provincial de León tenían por objeto determinar si ciertas disposiciones de la Directiva «se aplican a una situación como la del litigio principal, es decir, a una acción de daños ejercitada con posterioridad a la entrada en vigor de la normativa de transposición, pero referida a hechos o a una decisión adoptada por la autoridad anteriores a dicha entrada en vigor».

La sentencia de 22 de junio de 2022, el TJUE considera relevante que la «consolidación» de las situaciones jurídicas tenga en cuenta, como hito temporal para determinar la irretroactividad, la fecha límite para la transposición de la Directiva. Desde el vencimiento del plazo de transposición procedería la interpretación del Derecho nacional conforme a la Directiva, «de tal forma que la situación en cuestión resulte inmediatamente compatible con las disposiciones de dicha Directiva sin proceder, no obstante, a una interpretación contra legem del Derecho nacional».

3.- El art. 10 de la Directiva determina el período y las condiciones de vigencia de la acción indemnizatoria, que se extingue con el transcurso del plazo legalmente fijado, con lo que se trata de una disposición sustantiva. A su vez, el art. 74 LDC es la norma adoptada en España para la transposición del art. 10 de la Directiva, sin que respecto del mismo se haya previsto un régimen distinto que para el resto del Título VI de la LDC

(la DT1a del Decreto-Ley 9/17 se limita a decir que «no se aplicarán con efecto retroactivo»).

Ante la falta de una regulación específica en la Directiva sobre el régimen de aplicación temporal, el TJUE considera que la circunstancia relevante para determinar el derecho inter temporal en materia de prescripción es el dies ad quem de las acciones («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», (ap. 49). Y, en consonancia con el art. 1968.2 CC, el TJUE considera que el dies a quo sería el momento en que el demandante «tuviera conocimiento de los hechos de los que nacía la responsabilidad [...] que] implican el conocimiento de la información imprescindible para ejercitar una acción por daños» (ap. 51).

Es decir, ante la duda sobre la vigencia y aplicabilidad de la Directiva, la STJUE de 22 de junio de 2022 considera aplicable a estos litigios el art. 10 de la Directiva 2014/104/UE y el art. 74.1 LDC porque, aunque se trata de disposiciones sustantivas, a efectos del art. 22.1 de dicha Directiva, se considera 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 Directiva.

4.- El carácter sustantivo de la norma sobre prescripción no permite la reactivación de acciones ya extinguidas de acuerdo con el régimen legal precedente, pero sí permite valorar la aplicabilidad de las nuevas reglas a acciones vivas, aún no ejercitadas en el momento de la entrada en vigor de la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia (caso objeto del procedimiento), 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 (27 de diciembre de 2016). El apartado 74 de la STJUE describe este supuesto como la situación que sigue surtiendo sus efectos después de que hubiese expirado el plazo de transposición de la Directiva (incluso después de la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2017, que transpone la Directiva).

Mutatis mutandis, se trata del mismo supuesto previsto en derecho nacional con carácter general en la Disposición Transitoria Cuarta del Código Civil.

5.- Por otra parte, el párrafo 71 de la STJUE considera razonable que el perjudicado tuviera conocimiento de la información indispensable para el ejercicio de la acción por daños en la fecha de publicación del resumen de la Decisión final en el Diario Oficial de la Unión Europea, el 6 de abril

de 2017.

De tal forma que, como el dies a quo viene determinado por la fecha de publicación en el DOUE de la Decisión (6 de abril de 2017) y el plazo de prescripción previsto en el artículo 74.1 LDC (aplicable a una situación jurídica que sigue surtiendo efectos) es de cinco años, no puede considerarse prescrita la acción en la fecha de presentación de la demanda, con independencia de a quien se hubieran hecho las reclamaciones extrajudiciales, puesto que no había necesidad de

interrumpir el plazo prescriptivo."

En cuanto al inicio del cómputo del plazo, el Tribunal de Justicia consideró en esa misma resolución que el perjudicado tuvo conocimiento de la información indispensable para el ejercicio de la acción por daños en la



fecha de publicación del resumen de la Decisión final en el Diario Oficial de la Unión Europea, el 6 de abril de 2017.

En el supuesto enjuiciado, la juzgadora " a quo" aplicó el plazo de prescripción de cinco años a computar desde la fecha de la STS que determinaba definitivamente la existencia de la conducta anticompetitiva y los elementos temporales, subjetivos y objetivos del cártel, de modo que sólo en ese momento surgía a la realidad jurídica la acción a favor de los posibles perjudicados para efectuar las reclamaciones derivadas de la Resolución de la CNMC, criterio que esta Sala considera acertado y plenamente ajustado a la interpretación jurisprudencial (STS 4 de septiembre de 2013 y 14 de diciembre de 2015), máxime si se tiene en cuenta, como es el caso, que cuando se dictó la sentencia que se ha considerado fecha de inicio del cómputo, la Directiva ya había sido incorporada al ordenamiento español.

En todo caso, las resoluciones de la CNMC no son objeto de difusión pública en la misma forma que la decisión de la comisión que dio lugar a las reclamaciones por los perjuicios derivados del cártel de los camiones, sino de notificación a las partes, lo que, unido a la posibilidad de interponer recurso (que se agotó por las empresas intervinientes acudiendo a la Audiencia Nacional y luego al Tribunal Supremo), determina que los perjudicados - a quien no se puede imponer estar al corriente de todas y cada una de las resoluciones de la CNMC- sólo pudieron tener cabal conocimiento de su derecho a reclamar tras la difusión de la sentencia recaída ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Se desestima este motivo de impugnación.

TERCERO.-Conducta ilícita

En las acciones de indemnización de daños y perjuicios derivados de una conducta ilícita declarada por la autoridad competente, se facilita la prueba de la conducta ilícita dada la preexistencia de una resolución previa, en este caso la resolución de la CNMC de fecha 23 de julio de 2015.

El actual artº 75.1 LDC establece que 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.

El Tribunal Supremo, en la conocida Sentencia Azúcar II (STS nº 651/2013, de 7 de noviembre) definió los parámetros interpretativos aplicables a la acreditación de daños y perjuicios, al tratar el alcance de la vinculación a lo resuelto en un previo expediente sancionador, expresando que dicho régimen tiene mayor sentido en un sistema como el del entonces vigente art.º 13.2 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, relativo a las acciones denominadas "follow on claims", debiéndose tomar como punto de partida los hechos constitutivos de la conducta calificada como ilícita por anticompetitiva.

La posición que sostiene la demandada es que la demandante tergiversa el contenido y alcance de la Resolución, que no establece que existiera acuerdos o prácticas encaminadas a fijación de precios con incidencia en el mercado.

En este sentido, como se ha reseñado más arriba, se afirma que la Resolución en ningún caso hace referencia al impacto de esa conducta en el mercado, sin que se considere que los precios finales para los clientes estuvieran afectados por esa conducta, y que la infracción sancionada consistió únicamente en un intercambio de información sobre estrategia comercial, distribución y marketing, a modo de acto inocuo.

En la sentencia de instancia se reproduce el contenido de la Resolución así como, parcialmente, el de las dos sentencias dictadas ante la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, que se da por reproducido en aras de la brevedad.

El criterio de la juzgadora en cuanto a la incidencia de la conducta desplegada por las empresas integradas en el cártel en el precio abonado por los adquirentes de vehículos comercializados dentro del ámbito temporal y objetivo que se determina en la Resolución, se desprende de su propio contenido, destacando la argumentación expresada en la STS, Sala Tercera, de 20 de abril de 2021, que afirmaba la incidencia que el intercambio de información no pública como la referida a márgenes comerciales desvela elementos esenciales del precio a aplicar en el futuro con incidencia en el comportamiento del mercado al reducir la incertidumbre entre los competidores, infringiéndose la normativa prevista en la LDC.

La regla "ex re ipsa", como afirma la sentencia impugnada, permite desprender de la infracción declarada por la autoridad el daño efectivo causado en el mercado, cuando tal resultado es su natural consecuencia.

A este respecto la sentencia de la Audiencia provincial de Valencia, 9ª, de 16 de diciembre de 2019, señalaba en el conocido como "cártel de los camiones" (FJ 9º): "La incidencia de los precios brutos hacia los precios netos fue apreciada en la Sentencia del TGUE de 16 de septiembre de 2013 (...). En los párrafos 60 a 67 de la



Sentencia de 2013 se contienen apreciaciones sobre la influencia en los precios de venta a los consumidores de la coordinación anual de los precios de las listas de los fabricantes (con incidencia primero, en el nivel fijado para los mayoristas y después para el destinatario final del producto), y se aprecia la posibilidad de que los incrementos coordinados de los precios de catálogo repercutan en los precios pagados por los mayoristas consumidores finales.

En el párrafo 27 de la Decisión de la Comisión se describe el proceso de fijación de precios en el sector de los camiones. Su punto de partida es el precio de lista bruto inicial fijado en el la Sede Central (objeto de la conducta sancionada), al que sigue la fijación de precios de transferencia a través de las filiales de distribución, ulteriores precios a concesionarios -en su caso-, y finalmente los precios netos de venta a clientes, que, según se indica "reflejan descuentos sustanciales sobre el precio de lista bruto inicial".

Partiendo de todo ello, la Sala comparte la conclusión expresada por el magistrado "a quo" teniendo presente el contenido de los considerandos 50 y 51 de la Decisión (transcritos en la sentencia apelada) y el tenor del considerando 85, en el que se apunta que: "En el presente caso, atendiendo a las cuotas de mercado y el volumen de negocios de los Destinatarios de la Decisión en el EEE, cabe presumir que la conducta tiene efectos apreciables sobre el comercio. A su vez, la dimensión geográfica de la infracción, que afectó a varios Estados Miembros y la naturaleza transfronteriza de los productos confirman que los efectos sobre el comercio son apreciables".

Por otro lado, la misma Sentencia dice: "...nuestro Tribunal Supremo, en diversos supuestos (propiedad industrial, competencia desleal, ...) ha estimado correcta la presunción de existencia del daño cuando se produce una situación en que su existencia " 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 ".

De esta forma vemos que con cita de textos que considera importantes (Comunicación oficial de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimientos de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 13 de junio de 2013, y la Guía Práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , también en 2013) deduce los siguientes aspectos relevantes:

"e. El mero hecho de que las empresas participen en las actividades ilegales propias de un cártel, pese al riesgo que entraña para ellas la infracción de las normas de la competencia, indica que esperan obtener substanciales beneficios de sus acciones, es decir, que el cártel produzca efectos en el mercado, y, por consiguiente, en sus clientes .

f. Las conclusiones que se expresan en los párrafos 139 a 145 de la Guía, se apoyan en un estudio encargado por la Comisión, sustentado, a su vez, en una serie de estudios empíricos ya existentes sobre los efectos de los cárteles. Se concluye, en concordancia con otros análisis, que en el 93% de los casos se producen sobrecostes, siendo el coste excesivo medio (resultante de los datos analizados) del 20%. Y dice en el 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. Sin embargo, los tribunales nacionales, basándose en este conocimiento empírico, han declarado que es probable que, por regla general, los cárteles den lugar a costes excesivos y que cuánto más duradero y sostenible ha sido un cártel, más difícil le resultaría a un demandado alegar que no había habido un impacto negativo sobre los precios en un caso concreto."

En el mismo sentido, la Audiencia Provincial de Pontevedra, sentencias de 28 de febrero, 14 de mayo, 5 de junio, 31 de julio; ó Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, de 10 de enero de 2020 (cártel de los sobres).

La demandada BMW, según el texto de la Resolución que delimita el ámbito objetivo, subjetivo y temporal de la conducta anticompetitiva, se benefició de los intercambios de información de datos comercialmente sensibles sobre la estrategia de distribución comercial, resultados de marcas, remuneración y márgenes comerciales a las redes de concesionarios con efecto en la fijación de los precios de venta de los automóviles, así como en la homogenización de las condiciones y planes comerciales futuros de venta y posventa en España desde, al menos, el año 2004 hasta julio del año 2013

En cuanto al resto de conductas que se describen en la decisión, la participación de la demandada se extendió hasta el mes de agosto de 2013 ó, en el caso de condiciones de las políticas y estrategias comerciales respecto al marketing en el seno de las denominadas " Jornadas de constructores" desde el mes de abril de 2010 hasta marzo de 2011.



Así, aunque la compraventa del vehículo litigioso se produjo más allá de marzo de 2011, lo cierto es que BMW siguió beneficiándose de información sensible y con efecto en la fijación de precios de venta hasta el mes de julio de 2013, por lo que no cabe entender, como alega la demandada que cuando se produjo la adquisición del vehículo por la actora estaba al margen de las actividades del cártel, pues, aun aceptando que se trata de una información que se tuvo que ir actualizando a lo largo del tiempo, no se ha acreditado que BMW quedara al margen de los intercambios de información sensible desde el mes de noviembre de 2009, sino que, como se ha dicho, y conforme al texto de la decisión - cuyo efecto jurídico de presunción de daño luego examinaremos - se mantuvo como integrante de la conducta sancionada, causa del perjuicio irrogado a la compradora por el sobreprecio aplicado, debiéndose desestimar este segundo motivo de impugnación.

CUARTO.- Alcance del daño. Estimación judicial

La juzgadora "a quo" considera acreditada la causación de un daño o perjuicio indemnizable en base al texto de la Resolución, desde el presupuesto de la presunción de causación del daño que se desprende de la regla "ex re ipsa", descartando la eficacia probatoria del informe pericial aportado junto al escrito de demanda, al no ajustarse de manera suficientemente razonable a los parámetros establecidos en la Guía Práctica de la Comisión.

Dicho informe ha aplicado un método comparativo del mercado español respecto a otros mercados geográficamente cercanos aplicando el factor de corrección del PIB per cápita en dichos mercados y manejando los datos históricos de precios publicados en revistas de referencia en el mercado automovilístico hasta alcanzar un media, que arroja el resultado de que se aplicó un 20,00% de sobreprecio en perjuicio del consumidor, descontados los extras del vehículo.

Tras poner de manifiesto las debilidades que ofrece el método aplicado, cuyas conclusiones acerca del sobreprecio aplicado exceden notablemente de los índices habituales para este tipo de supuestos, que varían entre un 5% un 10%.

Se descarta igualmente en la sentencia impugnada que el contra-informe presentado por la demandada merezca una valoración superior al de la actora, al tener como presupuesto un dato erróneo, cual es la inexistencia de perjuicio (realmente, ínfimo, al ser inferior al 0,8%); excluir la incidencia de la crisis del año 2008 que conllevó una y una caída significativa de las ventas de automóviles; reducción del PIB; y la no cuantificación de un escenario alternativo que permita la valoración alternativa del daño.

La juzgadora "a quo" ha acudido, ante la insuficiencia probatoria de ambos informes periciales, y partiendo de la presunción de la existencia de un perjuicio en virtud del contenido de la resolución de la CNMC a un criterio de estimación judicial, valorándolo en un 5% de sobreprecio en el momento de la adquisición del vehículo, invocando el tenor de los artº 17 y 22 de la directiva 2014/104 y 76.2 LDC, conforme a la interpretación ofrecida en la citada STJUE de 22 de junio de 2022, y atendiendo a las características del cártel, que se prolongó durante 90 meses y los datos objetivos que se ofrecen en el informe pericial de la actora, que permite vislumbrar una desviación en el precio.

Dado que el derecho a la indemnización surge en virtud de la resolución de la CNMC de fecha julio de 2015, anterior en el tiempo a la trasposición al ordenamiento español del artº 17.2 la Directiva a través del artº 76.3 de la Ley de Defensa de la Competencia, este precepto no sería aplicable en este litigio por razones temporales, como afirma la STS en las sentencias de fecha 12 de junio de 2013 sobre el cártel de los camiones y conforme a la interpretación dada por la citada STJUE de 22 de junio de 2022 (asunto C-267/20, Volvo y DAF Trucks), en sus apartados 90 y siguientes y en su parte dispositiva, y el apartado primero de la disposición transitoria primera del Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, que la traspuso al Derecho interno.

A este respecto, en cuanto a la posibilidad de acudir al mecanismo de la estimación judicial del daño ante la insuficiencia probatoria del informe pericial portado junto a la demanda, y al amparo del régimen previsto en el artº 1902 Cc, el Tribunal Supremo, en las sentencias dictadas con la misma fecha de 12 de junio de 2013, ha declarado lo siguiente:

"La sentencia recurrida no declara que, por el simple hecho de tratarse de un cártel, debe presumirse que ha causado daños, en concreto un incremento ilícito del precio de los camiones afectados por el cártel.

Fueron las concretas y significativas características de este cártel las que permitieron a la Audiencia Provincial presumir la existencia del daño.

Entre estas características pueden destacarse: la extensa duración del cártel, que se prolongó durante 14 años; en él estuvieron implicados los mayores fabricantes de camiones del EEE, con una cuota de mercado de aproximadamente el 90%; y su objeto fue la discusión y adopción de acuerdos sobre, entre otros extremos, la fijación de precios y el incremento de precios brutos. Como señala la Guía práctica de la Comisión «es probable



que, por regla general, los cárteles den lugar a costes excesivos y que cuanto más duradero y sostenible ha sido el cártel, más difícil le resultaría a un demandado alegar que no había habido un impacto negativo sobre los precios en un caso concreto» (apartado 145). En este caso, se suma a la prolongada duración del cártel su amplia extensión geográfica y la elevada cuota de mercado afectada, lo que incrementa todavía más la dificultad de negar la existencia de un impacto negativo sobre los precios del caso concreto y correlativamente, hace más plausible y fundada la afirmación de su existencia.

...Los hechos de los que parte el tribunal de apelación para presumir la existencia del daño y de la relación de causalidad son los hechos constatados en la Decisión. Las estadísticas, en tanto que relacionadas con las máximas de experiencia, han servido para establecer el enlace

preciso y directo según las reglas del criterio humano entre esos hechos probados, en tanto que fijados en la Decisión, y el hecho presumido: que el cártel provocó el incremento del precio de los camiones objeto de los acuerdos colusorios.

...No es óbice que la Decisión sancione el cártel como una restricción de la competencia por objeto, y no por efectos.

Efectivamente, la Comisión no consideró necesario entrar a valorar los efectos reales del cártel por tratarse de un acuerdo que tenía por objeto la evitación, restricción o distorsión de la competencia en el mercado interior (en este sentido, apartados 80 y 82 de la Decisión), sin que el apartado 85 suponga una descripción de los efectos del cártel sino simplemente la justificación de la aplicabilidad del art. 101 TFUE y 53 del Acuerdo sobre el EEE, y no de la norma de Derecho nacional de la competencia, así como la competencia de la Comisión Europea, y no de las autoridades nacionales de la competencia, para sancionar la conducta anticompetitiva.

El apartado 21 de la Comunicación de la Comisión - Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (Texto pertinente a efectos del EEE) declara:

«Se entiende por restricciones de la competencia por objeto aquéllas que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia. Se trata de restricciones que, dados los objetivos de las normas comunitarias de competencia, presentan un potencial tan elevado de efectos negativos para la competencia que no es necesario aplicar el apartado 1 del artículo 81 para demostrar cualquier efecto real en el mercado. Dicha presunción se basa en la gravedad intrínseca de la restricción y en la experiencia, que demuestra que las restricciones de la competencia que lo sean por su objeto pueden surtir efectos negativos para el mercado y poner en peligro los objetivos de las normas comunitarias de competencia. Las restricciones por objeto, tales como la fijación de precios y el reparto de mercados, reducen la producción y aumentan los precios, lo que redundaría en una mala asignación de recursos, pues no se producen los bienes y servicios que demandan los clientes. Suponen asimismo una reducción del bienestar de los consumidores, quienes se ven obligados a pagar precios más elevados por dichos bienes y servicios».

En consecuencia, no cabe apreciar que la Audiencia Provincial haya incurrido en ninguna infracción del art. 16.1, del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, por el que se establece el principio de vinculación de las Decisiones dictadas por la Comisión Europea y la interdicción de resoluciones judiciales de los órganos judiciales nacionales que resulten incompatibles con aquellas, por el hecho de haber concluido que la conducta sancionada por la Decisión sí tuvo efectos sobre los precios de transacción.

...Como conclusión de lo expuesto, aunque sea discutible que pueda calificarse como aplicación de la doctrina *ex re ipsa*, el razonamiento seguido por la Audiencia Provincial ha sido correcto: ha existido una infracción del Derecho de la competencia de enorme gravedad por su duración (14 años), por su extensión espacial (todo el EEE), por la cuota de mercado de los fabricantes implicados en el cártel (aproximadamente un 90%) y, debe añadirse, por la naturaleza de los acuerdos colusorios (no solo el intercambio de información sobre datos concurrenciales sensibles sino también la discusión y acuerdos sobre fijación e incremento de precios brutos).

Y con base en estos hechos y en la propia racionalidad económica de la existencia de un cártel de estas características (con una alta exposición al riesgo de elevadas sanciones, cuya asunción carecería de lógica en ausencia de todo beneficio), aplicando las reglas del raciocinio humano y las máximas de experiencia (reflejadas muchas de ellas en los documentos elaborados por las instituciones de la Unión Europea, como es el caso de la Guía práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los arts. 101 o 102 TFUE), puede presumirse que la infracción ha producido un daño en los compradores de los productos afectados por el cártel, consistente en que han pagado un precio superior al que habrían pagado si el cártel no hubiera existido.

Esta presunción de existencia del daño, fundada en el art. 386 LEC, no es una presunción legal, y tampoco es *iuris et de iure*, por lo que admitiría prueba en contrario. Conforme al apartado 3 de este precepto, «frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la



prueba en contrario a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior». El art. 385.2 LEC, aplicable por vía de remisión, admite que la prueba en contrario pueda dirigirse «tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción». En el caso de la litis, según resulta de la valoración hecha en la instancia, el informe pericial de la demandada no ha desvirtuado las bases sobre las que se ha fundado la presunción ni su resultado. En consecuencia, debemos partir del hecho presunto (existencia del daño) como hecho cierto."

En cuanto al mecanismo de la estimación judicial del daño, el Tribunal Supremo, en la doctrina fijada en virtud del grupo de sentencias antes citadas, ha declarado que lo relevante para valorar el alcance del perjuicio sufrido es estimar lo que habría ocurrido de no haberse producido la práctica restrictiva de la competencia, lo que supone recrear un escenario hipotético (hipótesis contrafactual), a los fines de poder determinar cuál habría sido el precio del camión en un escenario no cartelizado, cuya comparación con el precio efectivamente pagado daría como resultado el importe del sobreprecio causado por el cártel.

Ante la imposibilidad de realizar una reproducción perfecta de cuál habría sido la situación si no se hubiera producido la conducta ilícita, con apoyo en la STS nº 651/2013, de 7 de noviembre sobre el cártel del azúcar, y dado que ello no puede alzarse un obstáculo para el resarcimiento, se acude a la estimación judicial del daño en base a los criterios de la Comunicación de la Comisión de los artículos 101 o 102 TFUE y la Guía práctica que le acompañaba, y considerandos de la Directiva sobre Daños, flexibilizando 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.

Hay prueba suficiente de que el cártel causó daños, consistentes fundamentalmente en que los compradores de los camiones pagaron un sobreprecio derivado de la artificial elevación de los precios provocada por el cártel. Sin embargo, no hay prueba suficiente de cuál ha sido el importe del sobreprecio porque los tribunales de instancia han considerado que ese extremo no ha quedado probado por el informe pericial presentado por el perjudicado, que estiman inidóneo para realizar esta cuantificación.

Siguiendo los criterios fijados en la STJUE de 16 de febrero de 2023, el TS declara que es preciso valorar si la imposibilidad práctica de valorar el daño se debió a la inactividad del perjudicado para lo que ha de atenderse a las circunstancias concretas del litigio y el esfuerzo probatorio desplegado por el perjudicado en el momento en que se presentó la demanda, para evitar caer en un sesgo retrospectivo.

El Tribunal Supremo advertía en el grupo de sentencias de febrero de 2013 sobre el denominado "cártel de los camiones" que la extensa duración del cártel, el ámbito geográfico del cártel, que afectó a todo el EEE, y la singularidad de los productos afectados, hacen en la práctica muy difícil realizar un análisis sincrónico de comparación con otros mercados geográficos o con otros productos, y que esas mismas características del cártel también dificultan mucho aplicar con éxito otros métodos de cuantificación de daños, como los basados en costes y análisis financieros.

Esas características del cártel determinaron que la falta de idoneidad del informe presentado por el demandante para cuantificar el sobreprecio no se consideró como una inactividad que impida la estimación judicial, que se refirió al efecto útil del artº 101 TFUE conforme a la doctrina interpretativa emanada de la sentencia TJUE de 12 de noviembre de 2019 (asunto C-435/18, Otis y otros).

En definitiva, el TS ha declarado en las sentencias citadas que la actividad probatoria mediante la presentación de un informe pericial, pese a que no resulte convincente, "a la vista del estado de la cuestión y de la litigación cuando fue presentada la demanda, puede ser considerada suficiente para descartar que la ausencia de prueba suficiente del importe del daño se deba a la inactividad del demandante. Y estando probada la existencia del daño, justifica que el tribunal haya hecho uso de facultades estimativas para fijar la indemnización", considerando que la descripción en la Decisión de la conducta infractora "es base suficiente para presumir la existencia del daño, dadas las características del cártel descrito (objeto, participantes, cuota de mercado, duración, extensión geográfica), mediante la aplicación de las reglas del raciocinio humano para deducir de esos datos la existencia del daño."

En el supuesto enjuiciado, la decisión de la juzgadora "a quo" se sustenta en el contenido de la resolución de la CNMC, donde se recogen las características de la conducta anticompetitiva que establecía:

"... 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. La conducta se habría aquí traducido en una disminución de la incertidumbre a la que se habrían enfrentado las marcas, en ausencia del cártel, sobre las variables determinantes de la organización y gestión de sus redes de distribución comercial y de postventa, y de las del resto de marcas competidoras partícipes en los intercambios de información. 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. 93 La conducta, además, se ha desplegado de forma institucionalizada, a través de la colaboración de empresas consultoras a partir de determinada fecha, que han facilitado el desarrollo de los acuerdos de intercambio de información. La institucionalización del cártel lo dota de caracteres de estabilidad y homogeneidad que constituyen elementos de reproche adicional en una conducta como la descrita. Otro elemento importante de la conducta se refiere a lo que el artículo 64.1.c) de la LDC alude al mencionar el "alcance de la infracción". Teniendo en cuenta las conductas colusorias analizadas en este expediente, el mercado geográfico se extiende, respecto a las prácticas realizadas en relación con las marcas incoadas, a todo el ámbito nacional, lo que debe tomarse en consideración a la hora de valorar los efectos de la práctica sobre otros operadores económicos (operadores presentes en la distribución minorista, talleres oficiales o independientes) y, especialmente, sobre los consumidores y usuarios perjudicados por las conductas realizadas. La cuota de mercado conjunta de las marcas participantes en las conductas analizadas en este expediente sancionador estaría en torno al 91% de la distribución de automóviles en España, incluyendo la casi totalidad de marcas denominadas generalistas y alguna de las denominadas Premium. Por otro lado, el artículo 64.1.d) de la LDC refiere la duración de la conducta. Aunque la duración servirá como parámetro de individualización al considerar la participación de cada empresa en la infracción (que no es igual en cada uno de los sujetos declarados responsables), conviene que este factor guíe también la graduación general del reproche sancionador para todas las empresas, pues la duración general de la conducta revela asimismo en cierta medida su alcance (art. 64.1.c) y efectos (art. 64.1.e). A este respecto se ha acreditado que la duración media de la conducta ha superado los sesenta meses (sin perjuicio, se insiste, de la concreta modulación que este factor debe recibir en la duración imputada a cada empresa), moviéndose en un rango de entre doce meses la duración más reducida (una sola empresa) y cerca de noventa meses la conducta de mayor duración (así, ocho empresas), si bien en casi todos los casos supera ampliamente los treinta y seis meses."

La incidencia en los precios de mercado fue declarada en la STS de 20 de abril de 2021, que confirmaba la anterior de la Audiencia Nacional en el mismo sentido, cuya cuantificación se ha determinado, aun de manera no totalmente satisfactoria, mediante el informe pericial aportado junto a la demanda, que ha tenido en cuenta información pública referido a precios de venta de vehículos de la misma marca en mercados geográficamente cercanos, de carácter estadístico y conforme a los criterios expresados en la Guía de la Comisión.

Tales elementos de prueba, atendiendo a las dificultades en orden a la cuantificación del perjuicio que se aprecian ante la asimetría en que se encuentran las partes intervinientes, han servido a la jueza de instancia para una estimación del perjuicio en concepto de sobreprecio abonado del 5%, que se considera ajustado a los principios establecidos en la doctrina del Tribunal Supremo, conforme al principio de indemnidad derivado de los arts. 1902 CC y 101 TFUE y el contenido de la resolución de la CNMC de 23 de julio de 2015.

A la cantidad reconocida en concepto de daño o perjuicio indemnizatorio, se le aplicará el interés legal de mora desde la fecha del pago, conforme a la doctrina fijada en las STS de 12 de junio de 2013.

QUINTO.-Costas.

Procede la imposición de las costas en esta alzada a la recurrente, al haberse desestimado íntegramente sus pretensiones (artº 394 y 398 Lec).

FALLO

QUE DESESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN formulado por la representación de la mercantil BMW Ibérica SAU frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Valladolid en el procedimiento de Juicio ordinario nº 125/22, QUE se confirma íntegramente, con expresa imposición de las costas devengadas en esta Alzada a la recurrente.



De conformidad con lo dispuesto en el apartado noveno de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según redacción de la Ley Orgánica 1/2009, acordamos, también, la pérdida del depósito constituido al recurrente al haberse confirmado la resolución recurrida, debiéndose dar a aquel el destino previsto en dicha disposición.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber, conforme a los artículos 208 n.º 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 248 n.º 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que contra ella cabe interponer, en su caso, los recursos de casación, solo si la resolución del recurso presenta interés casacional y extraordinario por infracción procesal si cabe la casación, interposición que deberá hacerse ante esta Sala dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla para su resolución por el Tribunal Supremo.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ