

Roj: **SAP M 18016/2023 - ECLI:ES:APM:2023:18016**Id Cendoj: **28079370322023100067**Órgano: **Audiencia Provincial**Sede: **Madrid**Sección: **32**Fecha: **21/11/2023**Nº de Recurso: **168/2023**Nº de Resolución: **79/2023**Procedimiento: **Recurso de apelación**Ponente: **ANGEL GALGO PECO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Trigesimosegunda

c/ Santiago de Compostela, 100 , 5ª planta - 28035

Tfno.: 914383466,914383590

Rollo de apelación 168/2023

Materia: Defensa de la Competencia

Órgano judicial de procedencia: Juzgado de lo Mercantil número 15 de Madrid

Autos de origen: Juicio verbal 238/2022

Parte apelante: BMW IBÉRICA, S.A.U.

Procurador: D. Ramón Rodríguez Nogueira

Letrado: D. Antonio Fabregat Marianini

Parte apelada: Dª Adoracion

Procurador: D. Víctor Enrique Mardomingo Herrero

Letrada: Dª Cristina Díaz García

SENTENCIA N° 79/2023

En Madrid, a 21 de noviembre de 2023.

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Trigésima Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Ángel Galgo Peco, D. Enrique García García y D. Alberto Arribas Hernández, ha visto en grado de apelación, bajo el número de rollo 168/2023, los autos del procedimiento registrado ante el Juzgado de lo Mercantil número 15 de Madrid con el número 238/2022.

Las partes han actuado representadas y con la asistencia de los profesionales identificados en el encabezamiento de la presente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente expediente se inició con la demanda presentada por Dª Adoracion contra BMW IBÉRICA, S.A.U. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimaba conducentes a su pretensión, terminaba solicitando "sentencia por la que, estimando los hechos y alegaciones presentadas declare:



- a) La responsabilidad de BMW por los daños causados a DOÑA Adoracion como consecuencia de su relación con el conocido como "cártel de coches" en la compraventa del Vehículo Marca BMW.
- b) Consecuencia de lo anterior se condene al pago de la indemnización derivada del sobrecoste en la cantidad de 3.926,04 euros.
- c) Igualmente se condene al pago de los intereses, desde la fecha de adquisición del vehículo y a las costas procesales".

SEGUNDO.- El juzgado dictó sentencia con fecha 4 de abril de 2023, con el siguiente fallo:

"Que DEBO ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la representación procesal de D./D^a Adoracion contra BMW IBÉRICA, S.A.U.,

1º) DECLARAR a la demandada responsable de los daños causados a la actora, y

2º) CONDENAR a la demandada a abonar a la actora la cantidad de MIL OCHENTA EUROS CON NOVENTA Y SEIS CÉNTIMOS DE EURO (1.080,96 euros), devengando dicha cantidad el interés legal del dinero desde el 07/05/2012 hasta el completo pago del principal, incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución, absolviendo a la demandada del resto de los pedimentos de la demanda, sin condena en costas, debiendo cada parte satisfacer las causadas a su instancia y las comunes por mitad".

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución, por la parte demandada se interpuso recurso de apelación, que, tramitado en legal forma, con oposición de la parte contraria, ha dado lugar al presente rollo.

CUARTO.- La deliberación, votación y fallo del asunto tuvo lugar el día 2 de noviembre de 2023.

QUINTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Ángel Galgo Peco, que expresa el parecer del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. PRELIMINAR

1.- El presente expediente trae causa de la demanda presentada por D^a Adoracion contra BMW IBÉRICA, S.A.U. ("BMW IBÉRICA"), en reclamación de 3.926,04 euros como sobrepeso que hubo de satisfacer para la adquisición del automóvil marca BMW que se identifica en dicho escrito. También se reclaman los intereses al tipo legal devengados desde la fecha de adquisición del vehículo. La Sra. Adoracion basa su reclamación en la resolución dictada por la Comisión de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el expediente NUM000 Fabricantes de automóviles con fecha 23 de julio de 2015 (en lo sucesivo, "la RESOLUCIÓN").

2.- Al cabo del trámite, se dictó sentencia parcialmente estimatoria, en los términos que quedaron reflejados en los antecedentes de hecho de la presente resolución.

3.- Disconforme, BMW apeló la resolución, en solicitud de nueva sentencia que, dejando sin efecto la dictada en primera instancia, desestimase íntegramente la demanda. BMW formula los siguientes motivos de impugnación: (i) infracción del artículo 1902 del Código Civil, al apreciar indebidamente la sentencia el nexo causal entre el supuesto daño y la conducta imputable a la demandada, así como del régimen de la solidaridad impropia; (ii) errónea valoración del informe pericial aportado por la demandante ("INFORME DEPERICIAS"); (iii) errónea valoración de la prueba, al concluir apriorísticamente la existencia de daño; (iv) errónea valoración del dictamen pericial aportado por la demandada ("INFORME COMPASS LEXECON"); (v) con carácter subsidiario, improcedencia de la estimación del daño en un porcentaje del 5%; y (vi) prescripción de la acción ejercitada.

4.- En su escrito de oposición, la parte actora se limitó a solicitar la desestimación del recurso de la contraria, con confirmación íntegra de la sentencia dictada en la instancia precedente, haciendo propios todos los razonamientos en ella recogidos.

II. PRESCRIPCIÓN

5.- En su recurso, BMW insiste en los cargos de prescripción. Lo que se nos alega, en definitiva, es que el *dies a quo* habría de situarse en la fecha de la publicación de la RESOLUCIÓN (verano de 2015,) habiéndose rebasado con mucho el plazo de prescripción aplicable (el de un año que establece el artículo 1968 del Código Civil) al tiempo de interponerse la demanda (en el año 2022).

6.- BMW justifica su posición señalando que en la RESOLUCIÓN ya se proporcionaba toda la información que la demandante precisaba para ejercitar la acción; que ni el Tribunal de Justicia ni el Tribunal Supremo



condicionan el inicio del cómputo del plazo de prescripción a que la resolución sancionadora de la autoridad de la competencia sea firme; que el criterio de que no resulta preciso que la resolución de la autoridad de la competencia sea firme es el seguido por nuestros tribunales en relación con otras conductas sancionadas como cárteles y que la postura de esta parte es conforme con la doctrina del Tribunal de Justicia, en referencia a la sentencia de 28 de marzo de 2019, C-637/17, Cogeco Communications, y la del Tribunal Supremo que señala que, si bien la prescripción ha de interpretarse con carácter restrictivo, ello no significa que pueda derogarse dicho instituto por vía de interpretación.

7.- Este tribunal ya fijó criterio sobre la materia en la sentencia dictada con fecha 7 de noviembre de 2023 en el rollo de apelación 96/2023, en el sentido de establecer como *dies a quo* la fecha en que la RESOLUCIÓN adquirió firmeza en relación con la parte demandada. Dicho criterio nos lleva a establecer como *dies a quo* en el presente caso el 31 de mayo de 2021, fecha en la que el Tribunal Supremo dictó sentencia declarando no haber lugar al recurso de casación interpuesto por BMW contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 19 de diciembre de 2019, en el recurso por aquella interpuesto contra la RESOLUCIÓN, ECLI: ES:TS:2021:2286.

8.- Sin perjuicio de remitirnos al texto de dicha sentencia, diremos aquí que, tras recordar que, conforme establece el Tribunal de Justicia en sentencia de 22 de junio de 2022, C-267/20, Volvo y DAF Trucks, p. 56, 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 su ejercicio, que, en el mismo sentido, el Tribunal Supremo señala la necesidad de que el perjudicado disponga de *"los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar"*, con cita de la sentencia de 25 de noviembre de 2016, ECLI:ES:TS:2016:5229, y que casi todos los sancionados en la RESOLUCIÓN la recurrieron cuestionando la conducta que se consideró infractora y su participación en ella, la Sala concluyó:

"No es por tanto, hasta que se resuelven los recursos interpuestos por la demandada, cuando la demandante pudo tener conocimiento de la conducta infractora y de las personas responsables de la misma, circunstancias necesarias para poder ejercitar la acción de reclamación de daños y perjuicios fundada en la resolución de la CNMC.

Sostener que la demandante debía haber interpuesto el procedimiento en un momento anterior al de la firmeza de la resolución, con la trascendencia que tenían los recursos interpuestos contra la misma y con la única finalidad de evitar el juego de la prescripción restrictiva, sería contrario al principio de efectividad. Así, la prescripción se fundamenta en razones de seguridad jurídica y no en principios de estricta justicia y supone una limitación de derechos, lo que justifica que deba realizarse una interpretación restrictiva de las normas que la regulan, garantizándose de este modo la eficacia del derecho de daños conforme a la doctrina del TJUE".

9.- Si la prescripción comenzó a correr en la fecha indicada, debemos entender, como resulta de la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 2022, C-267/20, Volvo y DAF Trucks, ECLI: EU:C:2022:494, que el plazo de prescripción aplicable es el de cinco años a partir de dicha fecha, lo que, en el caso, excluye a rádice cualquier alegato de prescripción.

III. NEXO DE CAUSALIDAD

10.- En el primer apartado de su recurso, BMW IBÉRICA achaca a la sentencia recaída en la instancia precedente la infracción del artículo 1902 del Código Civil ("CC"), al apreciar indebidamente la existencia de nexo causal entre el supuesto daño sufrido por la demandante y la conducta sancionada que se imputa a la demandada. También se aduce que no resulta aplicable al caso el régimen de la solidaridad impropia.

11.- Estimamos conveniente señalar los siguientes extremos, como marco contextual de las cuestiones que plantea BMW:

11.1.- La RESOLUCIÓN declaró la existencia de una infracción única y continuada por parte de una serie de marcas que, en conjunto, alcanzaban una cuota de mercado del 91% de la distribución de automóviles en España, consistente en una práctica prohibida por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

11.2.- La infracción está constituida por el intercambio de información comercialmente sensible, actual y futura, altamente desagregada. Los intercambios de información eran parte de un acuerdo complejo, que subsume múltiples acuerdos de intercambio de información, en ejecución de un plan preconcebido, aprovechando idéntica ocasión generada por foros específicos de comercialización y posventa, utilizando métodos y sistemas de seguimiento con la misma finalidad, desde febrero de 2006 hasta agosto de 2013.

11.3.- Concretamente, según se recoge en el apartado de "hechos probados", la infracción consistió en:

(i) Intercambios de información comercialmente sensible sobre la estrategia de distribución comercial, los resultados de las marcas, la 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 homogeneización de las condiciones y planes comerciales futuros de venta y posventa de los automóviles en España desde febrero de 2006 hasta julio de 2013 (Club de marcas).

(ii) Intercambios de información comercialmente sensible, sobre servicios y actividades de posventa, así como respecto a actividades de marketing en España desde marzo de 2010 hasta, al menos, agosto de 2013 (Foro de posventa).

(iii) 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", desde abril de 2010 a marzo de 2011.

11.4.- A BMW IBÉRICA se la declaró responsable como empresa distribuidora de los automóviles de la marca BMW en España, por su participación en los intercambios de información con competidoras en el ámbito del Club de marcas desde junio de 2008 hasta noviembre de 2009, en el Foro de Posventa desde marzo de 2010 hasta agosto de 2013 y en las Jornadas de Constructores desde abril de 2010 hasta marzo de 2011.

11.5.- La sentencia de la sección sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de diciembre de 2019 desestimó el recurso interpuesto por BMW IBÉRICA contra la RESOLUCIÓN y la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2021 desestimó el recurso de casación interpuesto por la aquí apelante contra la anterior sentencia.

12.- El discurso de BMW IBÉRICA descansa en que la Sra. Adoracion adquirió el vehículo al que se refieren las actuaciones en unas fechas (mayo de 2012) en las que, según se recoge en la RESOLUCIÓN, BMW IBÉRICA ya no participaba en el denominado "Club de Marcas", siendo este el único foro relacionado con el mercado de distribución de vehículos nuevos. Tal escenario, defendía BMW IBÉRICA en su escrito de contestación, debe llevar a negar la concurrencia de nexo causal, presupuesto necesario para el éxito de las pretensiones contra esta parte deducidas.

13.- El juzgador de la anterior instancia rechazó tal discurso por dos razones. Primeramente, porque, según se establece en la RESOLUCIÓN, hay una serie de hechos acreditados comunes a las tres tipologías de foros de intercambio de información, entre ellos el intercambio bajo un criterio *quid pro quo* (que suponía recibir la información confidencial de los otros miembros del cártel a cambio de proporcionar la propia con la calidad y prontitud exigidas) de información en relación con *"la rentabilidad y facturación de sus redes de concesionarios en total y desglosado por venta de automóviles (nuevos y usados)"*, *"los márgenes comerciales y política de remuneración ofrecida por las marcas a sus redes de concesionarios, con influencia en el precio final de venta fijado por estos"* y *"cifras de ventas mensuales desagregadas por modelos de automóviles"*, aspectos todos estos que permiten a las empresas implicadas conocer los precios finales de los restantes participantes en el cártel. La segunda razón estriba en que, como explicó en el acto de la vista la perita de la parte demandada, el sobreprecio originado durante el tiempo en que BMW participó en el "Club de Marcas" se siguió repercutiendo en el periodo en que la Sra. Adoracion adquirió el vehículo ("efecto rezago").

14.- La parte apelante combate dicho análisis con los siguientes razonamientos: (i) siendo un hecho probado que, al tiempo de adquisición del vehículo, BMW IBÉRICA no participaba en el "Club de Marcas", único de los tres foros que podría haber tenido potencial efecto en los precios de venta de vehículos, no cabe apreciar nexo causal entre el daño en forma de sobreprecio que pudiera haber sufrido la demandante y la conducta colusoria imputable a la parte recurrente; (ii) no cabe establecer que el sobreprecio que hubiera podido sufrir la demandante fuera consecuencia de la utilización por parte de BMW IBÉRICA de la información a la que esta tuvo acceso con ocasión de su participación en el "Club de Marcas" entre junio de 2008 y noviembre de 2009, en primer lugar, porque no hay ninguna prueba de ello y la carga incumbe a la parte actora y, en segundo lugar, porque la información relativa a los años 2008 y 2009 no resultaría hábil para condicionar el comportamiento competitivo de BMW IBÉRICA en la fecha de adquisición del vehículo (mayo de 2012), según resulta de la Comunicación de la Comisión Europea "Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal" (OJ C 11, 14.01.2011); (iii) no existe prueba que respalde el efecto rezago por el que se justifican las conclusiones alcanzadas en la sentencia, careciendo estas de fundamento a la vista de las circunstancias del caso, en concreto, que la información intercambiada en el "Club de Marcas" tenía una naturaleza y relevancia anuales y el lapso de tiempo transcurrido desde que BMW IBÉRICA dejó de participar en aquel; (iv) la apreciación de que

BMW IBÉRICA siguió accediendo a la información relativa al mercado de distribución de vehículos después de dejar de participar en el "Club de Marcas" carece de todo respaldo probatorio, es contraria a lo expresamente declarado en la RESOLUCIÓN y a la prueba que en esta se analiza y carece de lógica. El apartado finaliza con una referencia expresa al régimen de la solidaridad impropia, sosteniendo que, debiéndose descartar con base en las anteriores consideraciones cualquier contribución causal de BMW IBÉRICA a la generación del sobreprecio que hubiera podido sufrir la Sra. Adoracion, dicho régimen no resulta de aplicación.

15.- Consideramos que asiste la razón a la parte apelante en la crítica que hace a los razonamientos vertidos en la sentencia impugnada. En efecto, tales razonamientos se sustentan en una, a nuestro entender, defectuosa lectura de la RESOLUCIÓN.

16.- La sentencia impugnada entiende que la indicación que se hace en la página 27 de la RESOLUCIÓN a que los intercambios de información confidencial comprendían gran cantidad de datos, entre ellos los que sirven de base a la conclusión alcanzada en la sentencia que quedaron señalados en el apartado 8 de esta resolución, refiere a un hecho acreditado común a los tres foros de intercambio de información que integran la infracción.

17.- Sin embargo, el contenido de las siguientes páginas que la RESOLUCIÓN dedica a señalar los hechos probados desvirtúan tal lectura. Se identifica claramente qué tipo de información se intercambiaba en los tres foros, respondiendo la información intercambiada en cada uno de ellos a una tipología distinta.

18.- Así, por lo que se refiere al "Club de Marcas", puede leerse que la información que se intercambiaba *"afectaba a la distribución y comercialización de todos los vehículos distribuidos en España por las marcas participantes en dicho intercambio de información"* (página 28), aludiéndose más adelante a *"subtipo de intercambio de información"* (página 31).

19.- En cuanto al "Foro de postventa", se habla de intercambio de información en relación con servicios y actividades de postventa, así como de marketing, explicando que dicho intercambio de información *"se configuró mediante un instrumento de intercambio específico en el contexto de la crisis económica, que condujo a que la actividad posventa cobrara mayor importancia relativa en relación con el margen derivado de la venta de automóviles, al caer en el ámbito nacional más los ingresos por venta que los de posventa. Los fabricantes conocían la importancia creciente de la actividad posventa, mientras que los consumidores eran más sensibles al precio en un entorno de crisis, enfatizándose la valoración del coste de mantenimiento en la decisión de adquisición de los vehículos"* (página 32). Y más adelante, se especifica: *"Las empresas participantes en el cártel aportaron información confidencial de origen interno y no disponible públicamente, como la facturación de piezas de recambio y accesorios, el porcentaje de piezas de recambios y accesorios vendidos fuera de su red de concesionarios (venta externa) o la relativa al número de visitas a taller y URBAN completaba dicha información con la relativa al parque d vehículos, proveniente dicha información de fuentes públicas como la que podría facilitar la Dirección General de Tráfico"* (página 33). Todo ello marca la diferencia existente con la información intercambiada en el "Club de Marcas".

20.- Lo mismo puede decirse del tercer foro, las "Jornadas de Constructores". En este caso, lo que se apunta en la RESOLUCIÓN es que las empresas intercambiaron *"información relativa a las condiciones y políticas comerciales relacionadas con el marketing de posventa, evolución de la cifra de negocio, campañas de marketing posventa al cliente final, programas de fidelización, políticas en relación con el canal venta externa y las mejores prácticas a adoptar. Esta información incluye aspectos futuros de su estrategia comercial, como los programas para fomentar la venta de neumáticos, relativos al seguro y/o garantía de los neumáticos, para fidelizar o recuperar clientes, con contratos de mantenimiento o reparación, herramientas tecnológicas para la gestión online con las compañías de seguros, programas de carrocería y pintura y programas comerciales sobre la gestión de los coches de sustitución"* (página 37).

21.- Tampoco podemos dar por buena la justificación que se construye en base al "efecto rezago" a partir de las respuestas dadas por el perito de BMW IBÉRICA en el acto del juicio. Revisada la correspondiente grabación, lo que allí se dijo (a partir de 14:29:16) es que en los cárteles cabe tal efecto, según la teoría, tratándose en todo caso de una cuestión que habría de comprobarse en cada caso, manifestando la perito que, en su opinión, en el supuesto enjuiciado, a la vista del tiempo transcurrido desde que BMW IBÉRICA abandonó el "Club de Marcas" hasta la adquisición del vehículo, de haber concurrido sobreprecio, este se explicaría más bien como producto del denominado "efecto paraguas".

22.- Por último, aunque no sea cuestión que haya aflorado en el litigio, coincidimos con la parte recurrente en la inaplicabilidad de la doctrina jurisprudencial sobre la solidaridad impropia elaborada con anterioridad a la positivización de tal doctrina en el artículo 73 de la Ley de Defensa de la Competencia por obra del Real Decreto-ley 9/2017. Como advertimos en la sentencia dictada en el rollo de apelación 37/23 con fecha 7 de julio de 2023, conforme a tal doctrina, la solidaridad impropia surge cuando no es posible individualizar los respectivos comportamientos ni establecer las distintas responsabilidades de los diversos sujetos que han



contribuido a la conducta ilícita. De lo expuesto en anteriores líneas se desprende que aquí no hay base para considerar que BMW IBÉRICA contribuyera en alguna medida a la causación del perjuicio que hubiera podido sufrir la promotora del expediente.

23.- El análisis que precede determina, sin necesidad de más consideraciones ni examen de los restantes motivos de impugnación, la estimación del recurso.

III. COSTAS

24.- La suerte estimatoria del recurso, que se traduce en la desestimación de la demanda origen de las actuaciones, comporta los siguientes efectos en materia de costas: (i) las de primera instancia habrán de ser a cargo de la parte actora, de conformidad con el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; (ii) no procede hacer expresa imposición de las costas de segunda instancia, de conformidad con el artículo 398.2 del mismo cuerpo legal.

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

FALLO

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

1. ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por BMW IBÉRICA, S.A.U contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 15 de Madrid en los autos 238/2022 con fecha 4 de abril de 2023.
2. En consecuencia, REVOCAR Y DEJAR SIN EFECTO la meritada sentencia, para ACORDAR EN SU LUGAR:
 - 2.1.- DESESTIMAR la demanda promovida por D^a Adoracion contra BMW IBÉRICA, S.A.U..
 - 2.2.- Condenar a D^a Adoracion al pago de las costas de primera instancia.
3. No hacer expresa imposición de las costas de segunda instancia.

De conformidad con lo establecido en el apartado ocho de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, procédase a la devolución del depósito consignado para recurrir.

Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilustrísimos señores magistrados integrantes de este Tribunal.

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.