



WWW.CONSULTORESTECNICOS.ES

Roj: **SAP V 1003/2024 - ECLI:ES:APV:2024:1003**

Id Cendoj: **46250370092024100136**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **9**

Fecha: **20/05/2024**

Nº de Recurso: **295/2023**

Nº de Resolución: **140/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **PURIFICACION MARTORELL ZULUETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

ROLLO NÚM. 000295/2023

I

SENTENCIA NÚM.: 140/24

Ilustrísimos/as Sres./Sras.:

MAGISTRADOS/AS DOÑA ROSA MARÍA ANDRÉS CUENCA DOÑA PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA DON. EDUARDO PASTOR MARTINEZ

En Valencia a veinte de mayo de dos mil veinticuatro.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente la Ilma.Sra. Magistrada **DOÑA PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA**, el presente rollo de apelación número 000295/2023, dimanante de los autos de Juicio Verbal [VRB] - 000333/2023, promovidos ante el JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE VALENCIA, entre partes, de una, como apelante a TOYOTA ESPAÑA S.L.U., representado por el Procurador de los Tribunales MARIA LUISA MONTERO CORREAL, y de otra, como apelados a Frank representado por el Procurador de los Tribunales JORGE VICO SANZ, en virtud del recurso de apelación interpuesto por TOYOTA ESPAÑA S.L.U..

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de lo Mercantil 1 de Valencia en fecha 27 de octubre de 2023, contiene el siguiente FALLO:

"Que estimando como estimo parcialmente la demanda promovida por el Procurador Sr. Vico Sanz en la representación que ostenta de su mandante D. Frank debo condenar y condeno a la demandada TOYOTA ESPAÑA S.L.U. a que abone a la parte actora la cantidad de DOS MIL TRESCIENTOS DIEZ EUROS CON TREINTA CENTIMOS (2.310,30.- euros) de principal, con más los intereses legales correspondientes, todo ello sin efectuar especial pronunciamiento en materia de costas procesales causadas."

SEGUNDO.- La representación de TOYOTA ESPAÑA, S.L.U., articuló recurso de apelación contra la indicada sentencia, al que se dio el trámite previsto en la Ley con remisión de los autos a esta Audiencia Provincial.



TERCERO.- Por Providencia de 23 de abril de 2024 se acordó, conforme a lo prevenido en el apartado 2 del artículo 464 de la LEC, convocar a las partes a la celebración de Vista, que se ha celebrado con el resultado que consta documentado en el correspondiente soporte de grabación audiovisual.

CUARTO. -Se han observado las formalidades y prescripciones legales con excepción de las relativas al plazo para dictar sentencia, por la complejidad de los asuntos que pesan sobre la ponente y la Sección.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. - Antecedentes.

La sentencia del Juzgado Mercantil 1 de Valencia de 27 de octubre de 2023 -cuya parte dispositiva hemos dejado transcrita en el primero de los antecedentes- estima parcialmente la demanda promovida por la representación de D. Frank contra la mercantil Toyota España SLU (en adelante Toyota) en ejercicio de la acción de daños derivada de la conducta anticompetitiva sancionada por Resolución de la CNMC de 23 de julio de 2015 y condena a la expresada entidad al abono de dos mil trescientos diez euros con treinta céntimos, más los intereses a que se refiere en el Fundamento Sexto.

La resolución de instancia rechaza la prescripción invocada por la representación de Toyota (fundamento primero), se refiere, seguidamente (en el mismo fundamento) a las razones por las que no consideró necesario facilitar a la entidad demandada el acceso a las fuentes de prueba que había postulado (en particular porque había podido presentar informe pericial en el que apoyaba su argumentación de defensa) y aborda a continuación: i) la normativa aplicable (Fundamento Segundo) por razón del momento en que se produjeron los hechos; ii) la legitimación de los litigantes para postular y resistir (Fundamento Tercero); iii) el contenido y alcance de la Resolución administrativa de la que trae causa la pretensión del actor, de la que resulta la responsabilidad de Toyota por su participación en los hechos analizados por la CNMC (Fundamento Cuarto); iv) y la concurrencia de los presupuestos de la acción derivada de la aplicación del artículo 1902 del C. Civil (Fundamento Quinto), con especial referencia al presupuesto del daño y su cuantificación mediante el examen de los informes respectivamente aportados por los litigantes, con la conclusión de provocar su convicción el correspondiente a la actora. Dicho esto, como quiera que para el año de adquisición del vehículo el porcentaje aplicable sería el del 10,20% y no la media del 12,50% para todo el período (aplicado en la demanda), opta por el primero de los indicados, siendo esta la razón de la estimación parcial de la demanda. Consecuencia de esa estimación parcial es la ausencia de pronunciamiento impositivo sobre costas a que se refiere el Fundamento Séptimo.

La representación de Toyota recurre en apelación y, tras hacer una serie de consideraciones preliminares sobre los antecedentes del caso (alegaciones de las partes, desarrollo de la vista y descripción del contenido de la sentencia), articula en su escrito los motivos de apelación que, a modo de síntesis, relacionamos ahora, sin perjuicio de entrar en mayores consideraciones al tiempo de dar puntual respuesta a las cuestiones suscitadas:

1.- *"Infracción de los artículos 1968, 1969 y 1973 del C. Civil. La acción ejercitada en la demanda y estimada en la sentencia se encuentra prescrita".*

En el motivo de apelación, tras plantear la cuestión jurídica por referencia al plazo de cinco años a que se refiere la sentencia de instancia, la recurrente desarrolla, en diversos subapartados, los argumentos en que sustenta su alegación de errónea interpretación de la doctrina del TJUE y del Tribunal Supremo e indica que *"el dies a quo ha de situarse en julio de 2015, momento desde el que los perjudicados tuvieron conocimiento de todos los elementos necesarios para reclamar extrajudicial o judicialmente"*.

2.- *"La sentencia yerra al asumir que de la resolución de la CNMC se deduce automáticamente que los compradores de vehículos Toyota en el mercado minorista sufrieron un sobrecoste".* Considera que el contenido de la Resolución de la CNMC no permite determinar de forma automática un efecto real sobre los precios de los vehículos en el mercado minorista.



3.- "Infracción de los artículos 217, 218 y 348 de la Ley de E. Civil: errónea valoración del informe TR 1977 por la sentencia al acoger la cuantificación del 10,20%". Afirma, en este apartado, que el informe del actor incurre en graves deficiencias que no permiten que su cuantificación sea considerada como informativa del daño causado por las conductas sancionadas.

4.- "Infracción de los artículos 217, 218 y 348 de la Ley de E. Civil: Errónea valoración del informe Compass por la Sentencia. El informe Compass constituye una estimación alternativa y mejor fundada al informe TR 1977". Toyota sostiene que el Juzgado incurre en un error patente al descartar la validez del informe por ella aportado y su determinación del sobrecoste en 1,33%.

5.- "Error en la aplicación del Derecho y, en concreto, de la interpretación de la STJUE 16 de febrero de 2023, al acoger la cuantificación del daño contenida en el informe TR 1977".

La apelante refiere que la sentencia apelada incurre en una incorrecta interpretación de la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Supremo en relación con el análisis del estándar probatorio mínimo exigido a los informes periciales. Y señala la improcedencia de fijar el daño en un porcentaje distinto al 1,33% recogido en el informe Compass, caso de acudir a la facultad de estimación judicial del daño.

En el suplico de su escrito postula la íntegra desestimación de la demanda de D. Frank , y subsidiariamente, pide que se acoja la cuantificación alternativa y mejor fundada de su representada, cuantificando el sobrecoste en un 1,33% del precio de compra del vehículo del actor.

La representación del Sr. Frank se opone al recurso y solicita la confirmación de la resolución apelada con imposición a la recurrente de las costas de la alzada.

Planteado el debate en la forma expuesta, la Sala, atendida la particularidad del caso (apreciada tras su estudio y revisión de la totalidad de las actuaciones seguidas en la instancia), procedió a la convocatoria de vista conforme a lo establecido en el artículo 464.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a fin de que las partes pudieran exponer ante el Tribunal sus alegaciones respecto a los siguientes puntos relevantes (conectados a la valoración de las periciales aportadas al proceso): i) Datos utilizados y origen de los mismos, ii) metodología empleada en los respectivos dictámenes, y, iii) incidencia de la cuantificación alternativa ofrecida en el informe emitido por Compass Lexecon a instancia de la parte demandada.

Nos referiremos a todo ello con ocasión de la exposición de nuestras conclusiones .

SEGUNDO. - Sobre la prescripción de la acción.

El Tribunal Supremo en la Sentencia de 12 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2474, Pte. Sr. Vela Torres) relativa al cartel de los fabricantes de camiones, se pronuncia sobre el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción de daños por infracción de las normas de defensa de la competencia y su cómputo. Parte, para ello, del contenido de la STJUE de 22 de junio de 2022 (C-267/20, DAF & Volvo; ECLI: EU:C:2022:494).

La Sala primera indicó que el dies a quo relativo al caso "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" por lo que, a la fecha de la presentación de la demanda no podía considerarse prescrita la acción, con independencia de a quién se hubieran hecho las reclamaciones extrajudiciales puesto que no había necesidad de interrumpir el plazo prescriptivo. Y añadió, ante las alegaciones formuladas en referencia al plazo que: "No corresponde a este Tribunal realizar una corrección o reinterpretación de un pronunciamiento de una STJUE que determina que el plazo de prescripción es de cinco años."

Esta Sección de la Audiencia de Valencia ha venido manteniendo de forma reiterada y constante, y desde el inicio de la litigación derivada de la irrupción de las acciones derivadas de ilícitos concurrenciales, que a los efectos del cómputo del plazo de prescripción se ha de estar al momento en que la acción pudo ejercitarse. Así lo hemos plasmado de nuevo en el párrafo 34 de la reciente Sentencia de 7 de marzo de 2024 (Rollo 159/23,



Pte. Sr. Pastor Martínez) diciendo que, "...en ausencia de una normativa comunitaria específica y previa a la entrada en vigor de la Directiva 2014/104/UE, el enjuiciamiento de una acción de daños antitrust debía acogerse a las reglas generales de la responsabilidad extracontractual, en el enlace de los artículos 1902 y 1968 CC y en términos respetuosos con los principios de efectividad y equivalencia del derecho al resarcimiento ínsito en el artículo 101 TFUE . [...] Y, desde la entrada en vigor de la norma, en la forma advertida igualmente por la jurisprudencia comunitaria para la solución de los problemas de derecho transitorio que puedan plantearse (STJUE, 1ª, asunto C-267/20, de 22 de junio de 2022 , Volvo AB), el ejercicio de una acción de daños está afecto a un plazo específico de prescripción quinquenal cuyo cómputo debe ajustarse a la regla de la actio nata (arts. 10 Directiva de daños y 74 LDC)."

La Audiencia de Madrid, en sus Sentencias de 7 de noviembre de 2023 (Rollo 66/23) y de 21 de noviembre de 2023 (ECLI:ES: APM:2023:18016, Pte. Sr. Galco Peco) fijó su criterio en el sentido de establecer como dies a quo para el cómputo de la prescripción, no el relativo al momento en que se hizo pública la Resolución de la CNMC (en el verano de 2015) sino en la fecha en que la misma adquirió firmeza en relación con la parte demandada. Recordó, al efecto y amén de los criterios expresados por el TJUE, los contemplados por la Sala Primera del Tribunal Supremo acerca de la necesidad de que la parte disponga de los "elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar."Rechazó la excepción de prescripción que, en el caso enjuiciado en la Sentencia de 21 de noviembre de 2023, había sido alegada por BMW, aplicando el plazo de cinco años a partir de la fecha en que adquirió firmeza para ella la Resolución de la CNMC.

Como quiera que el Juzgado de lo Mercantil aplica este mismo criterio que igualmente ha aplicado la Audiencia Provincial de Madrid, con una argumentación que compartimos, la consecuencia es la de que no podemos acoger el motivo de apelación articulado, considerando vigente la acción ejercitada, por lo expresado en la sentencia y por los argumentos que añadiremos ahora.

La fundamentación de la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 18 de abril de 2024, en el asunto **C-605/21**, relativa a la interpretación del artículo 10 de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, nos sitúa en el mismo escenario que habíamos contemplado con anterioridad a la fecha de tal pronunciamiento.

Partimos de las siguientes afirmaciones de la resolución citada para fijar nuestras conclusiones:

- 1.- Los litigios relativos a infracciones de las normas sobre competencia se caracterizan, en principio, por una asimetría de información en detrimento de la persona perjudicada por la infracción (párrafo 57).
- 2.- A menudo es especialmente difícil para el perjudicado determinar la existencia y el alcance de tal infracción (58).
- 3.- Las acciones de resarcimiento por daños y perjuicios por infracción de las normas de competencia (private enforcement) forman parte integrante de su sistema de aplicación (61).
- 4.- A la persona perjudicada, en general, le resulta difícil aportar la prueba de una infracción de los artículos 101 TFUE, apartado 1, o 102 TFUE si no existe una decisión de la Comisión o de una autoridad nacional (62).
- 5.- Para que comience a correr el plazo de prescripción, la persona perjudicada ha de tener conocimiento de la información indispensable para el ejercicio de la acción por daños. Forma parte de esa información la existencia de una infracción del Derecho de la competencia, la existencia de un perjuicio, el nexo de causalidad entre el perjuicio y la infracción y la identidad del autor de esta (64).
- 6.- Si no se dispone de dicha información, es extremadamente difícil, si no imposible, que la persona perjudicada obtenga la reparación del perjuicio que esa infracción le ha causado (65).
- 7.- **Corresponde al juez nacional que conoce de la acción por daños determinar el momento a partir del cual puede considerarse razonablemente que la persona perjudicada tuvo conocimiento de dicha información(66).**



8.- No cabe excluir que una persona perjudicada por una infracción de las disposiciones del Derecho de la competencia pueda tener conocimiento de los elementos dispensables para ejercitar la acción por daños antes - en nuestro caso - de la firmeza de la Resolución de la autoridad de la competencia en la que se determina la conducta y la identidad del infractor (70).

9.- Corresponde a la persona frente a la que se ejercita la acción por daños demostrar que tal es el caso, esto es, el conocimiento anterior que se afirma por el perjudicado(71).

Desde esta perspectiva, consideramos que el actor únicamente estuvo en disposición de poder plantear su acción tras la firmeza de la Resolución de la CNMC en lo que concierne a Toyota, pues de haber prosperado el recurso dicha entidad podría haber quedado fuera del ámbito de responsabilidad, lo que incide en la decisión del demandante en orden a la identificación de frente a quién puede interponer la demanda. Además, también está en cuestión hasta ese momento la información sobre la existencia de la infracción, sus características y la potencial lesividad o vínculo causal fundamento de la acción de daños. Finalmente, no debe estimarse el ejercicio apresurado de ninguna demanda civil, pero especialmente si aborda una materia tan compleja.

La parte apelada no ha acreditado que el demandante, con anterioridad a dicho momento, tuviera conocimiento de todos los elementos relevantes para el ejercicio de la acción a que se refiere la jurisprudencia comunitaria.

En consecuencia, hemos de rechazar el primero de los motivos de apelación de la entidad recurrente.

TERCERO. - Sobre el contenido y alcance de la Resolución de la CNMC de 23 de julio de 2015.

En Sentencia 113/2024 de 30 de abril de 2024 (Pte. Sr. Pastor Martínez) indicamos en su párrafo 10 que *"Mediante nuestra reciente SAP Valencia, 9ª, de Pleno, núm. 71/2024, de 25 de marzo de 2024, hemos ofrecido una interpretación de lo resuelto por la autoridad de competencia en la resolución sancionadora que ha dado lugar a la interposición de la demanda, aceptado la aplicación de una presunción de daño a la solución de este grupo de casos, criterios de valoración probatoria y, por fin, en los términos del objeto de recurso allí resuelto, refundido la doctrina jurisprudencial disponible para la delimitación de unas bases actuales para la concesión de una estimación judicial del daño como solución de cuantificación extraordinaria y alternativa."*

Efectivamente, de la Sentencia indicada, en lo que ahora concierne para resolver el segundo motivo de apelación, resulta:

i.- La identificación de la normativa aplicable al grupo de casos vinculados al denominado cártel de coches, derivados de la Resolución de la CNMC de 23 de julio de 2015, que deja fuera la Directiva de Daños por razones vinculadas al momento en que se produjeron los hechos determinantes de la sanción acordada por la autoridad administrativa.

ii.- La remisión al fundamento jurídico sexto de la resolución administrativa del que resulta el contenido y la naturaleza de la infracción.

iii.- Que una infracción de cártel sea únicamente sancionada por objeto no excluye que tal infracción haya producido efectos en el mercado y que, a su razón, pueda resultar razonable y justificada la aplicación de presunciones de daño.

iv. - La constatación de que la venta de automóviles en nuestro país suele realizarse mediante un sistema de distribución selectiva a través de concesionarios oficiales, el sistema de fijación de precios y la apreciación de que el mercado del automóvil es muy poco transparente, por la ausencia de fuentes públicas disponibles y la dificultad de obtener información comercial relevante entre competidores.

v.- La identificación y descripción de tres conductas de intercambios de información alternativas, dos de las cuales afectaron al intercambio de información confidencial sobre marketing de posventa y otras actividades como venta de accesorios o repuestos, programas de mantenimiento y redes de talleres oficiales, contando



con el respaldo de un asesor externo para el procesamiento de la información. Se añade a lo anterior que los intercambios relativos al club de marcas afectaron a una gran cantidad de datos sobre distribución y comercialización de vehículos, con igual apoyo de asesoría externa respecto a distintas categorías de información, que se describen en la Resolución de la CNMC (pp. 27-28).

vi.- La autoridad de competencia señaló que la conducta sancionada era idónea para influir en el comportamiento económico de los cartelistas, para disminuir sus condiciones de competencia efectiva, restringir la competencia y con afectación de los mercados mayorista y minorista.

Concluimos entonces - si bien respecto de la entidad Nissan, demandada en aquel procedimiento - que *"... atendiendo al mecanismo descrito para la formación de precios en el mercado de compraventa de automóviles en nuestro país y las características de las conductas sancionadas como una infracción de cártel, en especial respecto del círculo de intercambio de información denominado como "club de marcas", consideramos justificada la aplicación de una presunción de daño a la solución del caso. Pues apreciamos un vínculo causal hipotético, pero suficiente, entre la infracción y la teoría del daño propuesta por la parte actora, que describe la influencia de esa conducta en la determinación del precio de compraventa de los automóviles a los que se refiere la demanda, habiéndose producido su adquisición a través de un concesionario oficial y durante el periodo de cartelización"*.

Análoga conclusión hemos de apreciar ahora respecto de Toyota España, S.L., a la que se declara responsable en su calidad de *"empresa distribuidora de los automóviles de las marcas LEXUS y TOYOTA en España, por su participación en el cártel de intercambio de información confidencial, futura y estratégica en las áreas de gestión empresarial, postventa y marketing, desde febrero de 2006 hasta agosto de 2013"*.

Dicha responsabilidad ha sido confirmada por la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4535, Pte. Sr. Del Riego Valledor).

CUARTO. - Valoración de las pruebas periciales aportadas al proceso.

Conforme a la normativa y jurisprudencia aplicable y acción ejercitada, conviene recordar que incumbe a la actora la carga de la prueba del daño (como reiteradamente declaran las resoluciones del TJUE), lo que hace necesaria la valoración del contenido y alcance del informe pericial aportado por la representación de D. Frank , a fin de determinar si con arreglo al mismo podemos alcanzar - o no - la misma solución alcanzada por el magistrado "a quo".

A tal fin, hemos revisado en su integridad el informe emitido por TR 1977 ECONOMISTAS Y ABOGADOS SLP (Informe Torres) suscrito por D. Anyelo , Don Adán , Don Lorenzo , Don Dastin , D. Josías (quien procedió a su defensa en juicio) y Don Caleb , cuyas reseñas curriculares aparecen en las primeras páginas del dictamen.

E igualmente, en contraposición con él, el emitido por Compass Lexecon, redactado por el equipo formado por D. Aarón , Don Luckas , D. Eidan , D. Franklin , D. Oscar y Doña Pia (quien asumió su defensa en vista) en fecha 16 de octubre de 2023 (documento 22 de la parte demandada), en el que igualmente consta la experiencia de los firmantes en la materia objeto del peritaje.

Empezamos por indicar que, según se describe en el hecho tercero de la demanda, la acción de daños viene vinculada a la adquisición por el actor, en fecha 27 de marzo de 2008, de un vehículo Toyota Corola Verso matrícula NUM000 a través del concesionario SAKURAUTO, S.A., por el que abonó la cantidad de 22.650 euros. La cuestión es relevante en esta resolución porque: 1) la cantidad reclamada en la demanda por importe de 4.359,49 euros no corresponde al importe calculado por los peritos, quienes en su informe cuantifican el perjuicio en 2.831,25 euros. No se trata, en este caso, de la suma resultante de la capitalización de los intereses, dado que en el suplico se postulaba la condena a *"Indemnizar a mi representada en la cantidad de CUATRO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE EUROS CON CUARENTA Y NUEVE CÉNTIMOS (4.359,49€) en concepto de daños y perjuicios sufridos, más el interés legal desde la fecha de adquisición del vehículo"*. 2) El documento sobre el que se basa la pericia no es propiamente una factura (folio 59 del informe), sino un simple comprobante de pago emitido por SAKURAUTO, S.A., en el que se asevera haber recibido del demandante la



cantidad de 22.650 euros en concepto de pago, sin desglosar si tal importe comprende, o no, el Impuesto sobre el Valor Añadido u otros conceptos.

Prescindiendo de las referencias del dictamen a la identificación de su objeto, análisis del mercado del automóvil, evidencias de la existencia de un cártel (que ya ha sido objeto de examen y sanción por la CNMC) o descripción del Expediente NUM001 CNMC, nuestro análisis se centra (especialmente y por razón de la acción *follow on* ejercitada) en los datos y método utilizado para la fijación de sus conclusiones, por lo que hemos prestado especial atención a los capítulos 8 a 10 (metodología, cuerpo del informe y conclusiones) y a la defensa que del conjunto del reporte efectuó el Sr. Josías en la vista del juicio verbal con ocasión de la declaración conjunta de expertos resultante de la grabación del acto procesal.

Con arreglo a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5819, Pte. Sr. Sarazá Jimena) lo "exigible al informe pericial que aporte la parte perjudicada es que formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos". Respecto del dictamen de la demandada, participe en la conducta ilícita generadora del daño, no basta con que se limite "a cuestionar la exactitud y precisión de la cuantificación realizada por el informe pericial practicado a instancias del perjudicado, sino que es necesario que justifique una cuantificación alternativa mejor fundada."

Este es el escenario ante el que nos encontramos: frente al dictamen de la actora (al que nos referiremos a continuación), Toyota ha aportado un dictamen que contiene una cuantificación alternativa plasmada en la página 50, apartado 7.12 "Conclusión", en los siguientes términos: "Nuestra mejor estimación es que los precios medios pagados por los concesionarios por los vehículos Toyota adquiridos en el período de la Infracción fueron un 1,33% superiores a los del período anterior y posterior a la infracción, con un rango de entre un 0,65 y 1,99%, dependiendo de la especificación y la muestra considerada. En otras palabras, el sobrecoste medio asciende a un 1,33% de los precios contrafactuales o un 1,31% de los precios realmente pagados por los concesionarios." **Con ocasión de su ratificación en el juicio, la Sra. Pia afirmó que habían obtenido evidencias de un sobrecoste estadísticamente significativo del 1,33% revelador de que, durante el período de infracción, los adquirentes de vehículos Toyota soportaron precios superiores estimados en ese porcentaje.**

Pues bien, en este marco de valoración, teniendo presente el contenido del artículo 348 de la LEC, el informe del equipo pericial demandante no cumple con la exigencia resultante de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013, ni por referencia a los requisitos que deben cumplir los datos (contrastables y no erróneos) ni, consecuentemente, respecto de la formulación de una hipótesis razonable y técnicamente fundada, por las razones que exteriorizaremos a continuación, que nos conducen a su rechazo. E igualmente consideramos que, por el contrario, la parte demandada ha cumplido con la carga impuesta de no limitarse a la crítica del informe adverso sino de aportar, además, una cuantificación alternativa mejor fundada.

Exponemos, como ya hemos apuntado, los argumentos de nuestra conclusión:

i.- Nos enfrentamos, en el caso del informe Torres, a un informe predominantemente descriptivo del sector del automóvil, de la resolución de la CNMC de 23 de julio de 2015, de la Directiva 2014/104/UE, de las orientaciones de la Unión Europea y de los modelos de cuantificación de daños en las infracciones antimonopolio, Guía de la Comisión e Informe Oxera 2009 en referencia a los métodos adecuados para la cuantificación del daño derivado de las infracciones del derecho de la competencia.

ii.- Como se desprende de su "Resumen ejecutivo" (que desarrolla después), los peritos utilizan los datos de una base suministrada por GfK consistente en la relación de los precios recomendados por las marcas comunicados a sus concesionarios y las unidades vendidas cada año para cada una de ellas (según certificado y anexo III adjunto).

Consideramos, en línea con la crítica que realiza Compass Lexecon (y reconoce el propio equipo de expertos de la actora), que los datos utilizados no son precios reales de mercado ni precios de venta mínimos o fijos. No se detalla en el informe la fuente original de los datos adquiridos a GfK, de manera que se carece de elementos de contraste de su veracidad y fiabilidad. Falla el requisito exigido por la Sala Primera del Tribunal Supremo de construir una hipótesis razonable sobre datos contrastables.



El perito Sr. Josías reconoció en la vista que los precios recomendados pueden variar respecto de los precios de mercado, porque no son precios reales, y consideró, a continuación, que era correcto su uso por estar igualmente afectados por la conducta colusoria, defendiendo que los datos de la base Gfk eran fiables, sin poder precisar su origen más allá de la afirmación de aparecer recogidos en revistas del sector. Ni la certificación aportada por Gfk (folio 9 del informe) sobre la composición de su base (mera referencia a la relación de precios recomendados por los fabricantes de automóviles y unidades vendidas en el mercado español), ni la afirmación de su condición de "proveedor *mundial líder de datos y análisis*" vinculado al sector de los bienes de consumo, son suficientes para apreciar la transparencia e idoneidad de los datos utilizados para la construcción del contrafactual, cuando no es posible su verificación.

No cabe obviar que tales datos han sido expresamente cuestionados por no constar si proceden o no de fuentes públicas o privadas, como puso de relieve la Sra. Pia al ser interrogada sobre este extremo, y resulta de su informe escrito. Tampoco hay constancia, como igualmente se indicó en el juicio, de la utilización por los concesionarios de los precios recomendados, ni de que las matriculaciones de vehículos reflejen propiamente el factor demanda.

iii.- La variable utilizada en el informe Torres es la de "Precios *Medios de los Vehículos*" (PMV) en relación con el PIB, IPC y unidades de vehículos vendidos (matriculaciones), con incorporación de una variable instrumental (dummy) para medir el efecto de las perturbaciones producidas en los precios durante el período cartelizado.

No se tienen en cuenta factores relevantes en la conformación de los precios, como los relativos a la evolución de los costes de producción, o las características de los vehículos en función de su marca, modelo y especificaciones. El perito Sr. Josías indicó (en torno al minuto 31.30 del soporte de grabación) que hicieron distintos estudios con distintos índices, optando por la utilización de aquellos que les permitieron fabricar el modelo (a su juicio) más razonable y estadísticamente perfecto, prescindiendo de costes y marcas por entender que tales variables no son adecuadas para explicar la evolución de los precios (con crítica al informe diacrónico de la demandada que se apoya en ellas). No cabe duda de que la elección de las variables condiciona los resultados.

Tampoco hace un análisis conectado a la marca Toyota, sino que fija un promedio para el conjunto de marcas participantes en la conducta, pese a las eventuales diferencias existentes entre los vehículos correspondientes a cada una de ellas. El Sr. Josías justificó su decisión en la afirmación de tratarse de una conducta colusoria única y continuada. Por esa misma razón aplicó al caso el 12,5% y no el porcentaje correspondiente a la anualidad de compra del vehículo objeto del pleito, inferior a la anterior (lo que motivó la estimación parcial de la demanda).

No podemos acoger el argumento de que el daño es único para todos (con cualquier coche, con cualquier característica, en cualquier tiempo y lugar), ni la conclusión alcanzada por el Sr. Josías en su aplicación al caso. Tal argumento no guarda conexión con la significación del carácter único y continuado de la infracción de cártel, que es, esencialmente, una apreciación del proceso de aplicación pública que interviene como criterio de imputación de responsabilidad y facilitador del cálculo de la multa.

Desde la perspectiva judicial, al resultar más difícil la valoración crítica de la modelización y matematización del informe econométrico de los peritos, hemos de prestar atención a las asunciones cualitativas de los expertos, fundamento de sus informes. Parece oportuno indicar (al hilo de las reglas del artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) que la valoración de los informes periciales no se sujeta al régimen de prueba tasada, sino al principio de libre apreciación sin que el juez quede sometido al contenido de la pericia. Por razones de estricta lógica, no podemos quedar vinculados a una tesis y a la contraria cuando se aportan por las partes informes con conclusiones inconciliables, como resulta, entre otras, de las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2012, 30 de junio de 2011- sobre la posibilidad de prescindir de la opinión pericial cuando los argumentos del dictamen no son convincentes -, o de la de 10 de octubre de 2011.

Pues bien, creemos que la afirmación expresada por el perito Sr. Josías en su informe es esencial para la construcción de su modelo y, sin embargo, equivocada, lo que nos permite prescindir de la indicada opinión pericial.



Añadimos ahora, contraponiendo informes y argumentos, que Compass Lexecon incorpora en su informe los datos de la concreta transacción del vehículo litigioso (Anexo H, página 116) que revela que los márgenes de la demandada no son compatibles con la estimación del sobrecoste del informe Torres. La demandada adquirió el vehículo litigioso de la matriz por 15.181,83 euros y lo vendió al concesionario por 16.993,01 (impuestos no incluidos). La aplicación del sobrecoste estimado por la actora implicaría la venta del vehículo a pérdidas (margen negativo de 312,95 euros).

Por otra parte, frente al desconocimiento del origen de los datos de la base GfK, el informe de Compass incorpora una auditoría externa (Anexo I, Deloitte, julio de 2023) de la exactitud de los datos utilizados en la elaboración de su informe, descritos a partir de la página 19 (de la propia compañía y procedentes de fuentes públicas identificadas). El informe de Auditoría comprende la verificación de los Informes de Márgenes de Toyota y, en particular, de las cifras relativas al margen neto. Valoramos positivamente el ofrecimiento de datos (página 9, párrafo 1.16) en conexión con las respectivas cargas probatorias que incumben a cada una de las litigantes, para facilitar el debate contradictorio e intenso entre los expertos.

iv.- El informe Torres dice haber seguido las recomendaciones de la Guía Práctica de la Comisión Europea (páginas 8 y 11) y elaborado un "Modelo Comparativo Diacrónico utilizando las técnicas que la Guía señala como adecuadas para elaborar la estimación del escenario o mercado sin infracción", con utilización del denominado Modelo Arima, que arroja una evidencia empírica (estadística) de la existencia de un sobreprecio medio del 12,5% (página 10). En el apartado 9.6 (páginas 51 y siguiente) identifica el modelo ARIMA con función de transferencia e intervención como "procedimiento clásico para el tratamiento estadístico de series temporales", explicando, seguidamente en qué consisten las variables "dummy" y el desarrollo de la aplicación del modelado ARIMA, que le permite alcanzar la conclusión (en la página 58) de que el actor sufrió un perjuicio de 2.831,25 euros por la adquisición de su vehículo durante el período de cartelización.

La demanda se presentó en el mes de abril de 2023, momento en el que todavía no se había procedido a la publicación por la CNMC de la "Guía sobre cuantificación de daños por infracciones del derecho de la competencia G-2020-03", que fue difundida en el mes de julio de 2023, y en la que la cita al modelo ARIMA se contiene en una nota (122) a pie de página en la página 105, en el marco de su ANEXO 2 relativo a los "CONCEPTOS ESTADÍSTICOS Y ECONOMÉTRICOS", fuera del Capítulo II relativo a la cuantificación del daño, en cuyo apartado 2.3 se describen los métodos más habituales, que no únicos (a partir de la página 36). La nota viene vinculada a la mención en el texto al uso en series temporales de métodos como las medias móviles, las interpolaciones o extrapolaciones lineales u "otros métodos más complicados" entre los que incluye - a pie de página - "los métodos de imputación múltiple o los modelos ARIMA, entre otros".

La parte no se refiere obviamente a esta Guía sino a la Guía Práctica de la Comisión Europea, e indica haber descartado los enfoques basados en análisis financieros y de estructura de mercado, así como los métodos basados en comparables (por las dificultades que describe en la página 8) optando por efectuar un análisis de series temporales de precios medios anuales de los distintos modelos de automóviles, que identifica en sus principales conclusiones como "modelo comparativo diacrónico."

Lo cierto es que, al margen de la duda de que la metodología utilizada en el informe Torres pueda estimarse dentro del marco de las recomendaciones de la Guía que invoca - lo que no es cuestionado por Compass en su informe - no cabe obviar el error de enfoque o de partida que vicia los resultados obtenidos, impidiéndole alcanzar una hipótesis razonable, tanto en lo que concierne al sobrecoste medio obtenido (12,5%) como a las reflexiones relativas a la evolución de los precios en los países europeos. Por otra parte, apreciamos que el uso del modelo Arima en la pericial actora no está suficientemente justificado, según valoración más amplia realizada con ocasión del examen de este mismo informe en el Rollo de Apelación 35/2024, simultáneo al presente.

En este punto, y para reforzar nuestra conclusión de que el informe Torres no contiene una hipótesis razonable, bastará la cita de la Resolución de la CNMC, tanto por referencia a que el intercambio de información comprendía, entre otros aspectos, la relativa a los márgenes comerciales y política de remuneración ofrecida por las marcas a sus Redes de concesionarios, como cuando con ocasión de la descripción de la estructura de mercado expone en la página 22 que "ya en 2013 las Redes de concesionarios cerraron el ejercicio con una rentabilidad media sobre facturación del 0,09%. Por departamentos, la rentabilidad del área de ventas de las

Redes de concesionarios se situó en el 3,9% a finales del 2012 con un beneficio sobre facturación del 4% en vehículos nuevos y del 7,8% en el de usados".

En ausencia de una prueba cualificada sobre la intensidad lesiva de la infracción no parece razonable concluir que el sobreprecio alcanzase un importe del 12,5%, muy por encima del 4% de máximo beneficio obtenido por los concesionarios, y permite apreciar como hipótesis mejor fundada la expresada en el dictamen de Compass Lexecon cuando admite que la conducta cartelizada causó un sobreprecio en un rango mínimo del 0,65 y máximo del 1,99%, hipótesis verosímil en línea con lo razonado por la CNMC en su resolución. El trabajo de Compass (selección de datos, método y desarrollo matemático) no ha sido eficazmente refutado durante el proceso, más allá de las apreciaciones del Sr. Josías en el acto de la vista al criticar las variables elegidas de adverso (características de los vehículos y costes de fabricación), inadecuadas a su juicio (por explicativas) para analizar la evolución de los precios en los períodos temporales objeto de análisis.

En consecuencia, como conclusión y en línea con las resoluciones de esta Sala (camiones) de 29 de noviembre de 2022 (Rollo 434/22, Pte. Sra. Andrés Cuenca, en que estuvimos al 2,46% resultante de informe aportado por Volvo), y 5 de abril de 2023 (Rollo 753/22, 1,63% del precio del camión litigioso), procede acoger parcialmente el recurso de apelación articulado por Toyota España SLU, y con revocación de la sentencia apelada considerar como cuantificación alternativa y mejor fundada para los vehículos de la indicada marca la apreciación de un sobrecoste que fijamos en el rango superior de la horquilla ofrecida, esto es, en el 1,99% del precio neto de adquisición del vehículo (y no en la media propuesta del 1,33%). Enfatizamos ahora que tanto en el informe escrito como en la defensa en juicio realizada por la Sra. Pia se puso de relieve la significatividad estadística del hallazgo.

Como no consta si el precio que resulta del recibo aportado por D. Frank incluye o no el IVA u otros conceptos ajenos, el cálculo del perjuicio se remite a la ejecución de sentencia por tratarse de una simple operación matemática consistente a aplicar el 1,99% al precio neto del vehículo del actor, más los intereses legales de la expresada cantidad desde la fecha de su adquisición y los derivados de la mora procesal desde la fecha de la sentencia de primera instancia.

QUINTO. - Costas

Se mantiene el pronunciamiento en costas de la instancia dado que la estimación de la demanda sigue siendo parcial. Y no procede la imposición de las derivadas de la apelación como consecuencia de la estimación parcial del recurso (398 LEC), debiendo acordarse la restitución a la recurrente del importe del depósito para apelar a que se refiere la Disposición Adicional 15 de la LOPJ.

VISTOS los preceptos legales aplicables concordantes y demás de general aplicación,

FALLO

ESTIMAMOS parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación de TOYOTA ESPAÑA SLU contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil 1 de Valencia de fecha 27 de octubre de 2023, que revocamos en el sentido de condenar a la expresada entidad a abonar al actor la cantidad resultante de aplicar el 1,99% al precio neto del vehículo por él adquirido en fecha 27 de marzo de 2008 (precio antes de impuestos), más los intereses legales de la expresada cantidad desde la fecha de su adquisición y los derivados de la mora procesal desde la fecha de la sentencia de primera instancia, confirmando el pronunciamiento sobre costas de la primera instancia.

Respecto de las costas de la apelación cada parte soportará las derivadas de su intervención en la alzada, con restitución a la recurrente del importe del depósito constituido para apelar.

Notifíquese esta resolución a las partes y, de conformidad con lo establecido en el art. 207.4 L.E.C., una vez transcurridos los plazos previstos, en su caso, para recurrir sin haberse impugnado, quedará firme, sin



necesidad de ulterior declaración; procediéndose a devolver los autos originales, junto con certificación literal de la presente resolución y el oportuno oficio, al Juzgado de su procedencia.

Contra la presente resolución podrá interponerse recurso de casación siempre que concurren las causas y se cumplan las exigencias de los artículos 477 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su redacción dada por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, el cual habrá de interponerse en un solo escrito ante esta Sala en el plazo de los 20 días contados desde el siguiente a su notificación, adjuntando el depósito preceptivo para recurrir establecido en la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, y respetando las formalidades previstas en el Acuerdo de 8 de septiembre de 2023, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión y otras condiciones extrínsecas de los escritos de recurso de casación (BOE de 21 de septiembre de 2023).

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ