

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ067652

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 1469/2024, de 6 de noviembre de 2024

Sala de lo Civil

Rec. n.º 1049/2024

SUMARIO:

Defensa de la competencia. Fijación indirecta de precios. Arrendamiento de industria. Contratos de abanderamiento. Abastecimiento de combustible en exclusiva. Modalidad CODO. Inversión de la carga de la prueba. Decisiones previas de las autoridades de la competencia. Indemnización de daños y perjuicios.

Contrato de arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento respecto de la unidad de suministro (gasolinera). Cambio de jurisprudencia de la sala en aplicación de la STJUE de 20 de abril de 2023, C-25/21. Más del 80% de la red de distribución de carburantes al por menor en el mercado español sigue el precio máximo/recomendado que las operadoras de su bandera les comunican, restringiendo la competencia entre las estaciones de servicio de su red y entre el resto de estaciones de servicio.

Cuando se haya constatado por la autoridad de la competencia, mediante resolución que haya devenido firme tras su impugnación en sede judicial, la comisión de una infracción del Derecho de la competencia, deberá considerarse luego, incluso en el marco de una acción de nulidad ejercitada al amparo del art. 101.2 TFUE, que la infracción ha quedado acreditada por la parte demandante, salvo que medie prueba en contra por la parte demandada, siempre que la naturaleza de la misma y su alcance material, personal, temporal y territorial coincidan. En este caso la distribuidora quedó sancionada por restringir competencia, por lo que de acuerdo a la sentencia del TJUE de 20 de abril de 2023 (asunto C-25/21) opera en esta clase de litigios una suerte de inversión de la carga de la prueba que traslada a la parte demandada (distribuidora) el peso de tener que desvirtuar con medios de prueba adecuados para ello la apreciación de la infracción en el caso enjuiciado de restricción de la competencia. Debe ser la compañía de bandera quien pruebe que, en el caso enjuiciado, no hubo tal fijación indirecta de precios.

Sobre esas bases y vistas las Resoluciones de la CNC antes mencionadas, la Audiencia Provincial concluye que, aunque en teoría las estaciones de servicios que operan bajo la bandera de Repsol pudieran apartarse de los precios máximos o recomendados, en la práctica encuentran importantes desincentivos para hacerlo, lo cual produce claros efectos anticompetitivos en relación con la competencia intramarca. Así como que igualmente se ve afectada la competencia intermarca, en la medida en que se considera acreditado el alineamiento de precios entre las distintas operadoras debido a una serie de factores, tales como la idéntica forma de establecer los precios máximos de las estaciones de servicio que abanderan, que no es otra que señalarlo conforme a los precios que están fijando sus competidores, así como la idéntica forma de establecer el resto de los parámetros que definen las relaciones comerciales con los titulares de las estaciones de servicio.

También señalar que para que el contrato se declare nulo no es imprescindible que alguna de sus cláusulas infrinja de inicio y *per se* el Derecho de la competencia, puesto que basta que en su ejecución se incurra en alguna práctica que tenga por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta.

El daño indemnizable debe ser consecuencia lógica de la conducta ilícita, y en este caso consistiría en que la imposibilidad de fijar libremente el precio final de venta al público por parte del distribuidor le impedía -a su vez- beneficiarse del denominado efecto volumen (el impacto de los cambios en la cantidad de productos o servicios vendidos sobre la cifra final de ventas resultante), es decir, vender más producto por ser su precio más competitivo, con un eventual o hipotético beneficio. Y estos serían los términos en los que debería haberse basado -con su correspondiente prueba- la pretensión indemnizatoria.

PRECEPTOS:

Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), arts. 101.1 y 102.

Ley 16/1989, (Defensa de la Competencia), arts. 1 y 2.

Código civil, arts. 1.106, 1.902 y 1.968.2.

Reglamento (CE) n.º 1/2003 (aplicación de las normas sobre competencia) arts. 2 y 6.

PONENTES:

Don Pedro Jose Vela Torres.

*

STS, Civil sección 991 del 06 de noviembre de 2024 (ROJ: STS 5266/2024 - ECLI:ES:TS:2024:5266)
Seleccionar

* Id. CENDOJ: 28079119912024100018

* Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

* Sede: Madrid

* Sección: 991

* Sentencia: 1469/2024

* Recurso: 1049/2024

* Fecha de Resolución: 06/11/2024

* Procedimiento: Recurso de casación

* Ponente: PEDRO JOSE VELA TORRES

* Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Magistrados/as

PEDRO JOSE VELA TORRES
FRANCISCO MARIN CASTAN
IGNACIO SANCHO GARGALLO
RAFAEL SARAZA JIMENA
MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN
JOS LUIS SEOANE SPIEGELBERG

ANTONIO GARCIA MARTINEZ

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 1.469/2024

Fecha de sentencia: 06/11/2024

Tipo de procedimiento: RECURSO DE CASACIÓN

Número del procedimiento: 1049/2024

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimando

Fecha de Votación y Fallo: 30/10/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID SECC 32

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: MAJ Nota:

RECURSO DE CASACIÓN núm.: 1049/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 1469/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente
D. Ignacio Sancho Gargallo
D. Rafael Sarazá Jimena
D. Pedro José Vela Torres
D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán
D. José Luis Seoane Spiegelberg
D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 6 de noviembre de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A., representada por la procuradora D.^a María José Bueno Ramírez, bajo la dirección letrada de D.^a María de las Mercedes Villarrubia García, contra la sentencia núm. 70/2023, de 13 de noviembre, dictada por la Sección 32.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 116/2023, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1143/2017 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid, sobre Defensa de la Competencia. Ha sido parte recurrida Husco S.L., representada por la procuradora D.^a Silvia Vázquez Senín y bajo la dirección letrada de D. Eduardo Fernández Bermejo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero. Tramitación en primera instancia.**

1.- La procuradora D.^a Silvia Vázquez Senín, en nombre y representación de Husco S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

«por la que: »1º.- Se declare la nulidad de la relación Jurídica que vincula a HUSCO S.L. con REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S.A., respecto de la Instalación de Suministros a Vehículos sita en la C/ Martínez de la Riva 119 de Madrid por entrar en el ámbito de aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE.

»2º.- Como consecuencia de la infracción del artículo 101 del TFUE, se condene a la demandada a indemnizar a esta parte por daños y perjuicios ocasionados desde el 6 de marzo de 2017 hasta la fecha, en la cantidad que resulte de determinar la diferencia media anual existente entre el precio de transferencia de REPSOL a HUSCO S.L. (PVP medio anual fijado por REPSOL a HUSCO S.L., MENOS margen/comisión, IVA y el IVMH) y los precios de venta medios anuales más favorables aplicados otras Instalaciones de Suministros a Vehículos por la propia demandada y otros suministradores, que actúan como distribuidores independientes a las cuales su operador/proveedor no les haya fijado el PVP, ni de forma directa ni indirecta; multiplicado por el número de litros de cada producto en cada año suministrados por REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S.A. a HUSCO S.L. desde el día 6 de marzo de 1997 hasta la fecha. La cantidad indemnizatoria que se fije en Sentencia, deberá ser incrementada en los intereses legales correspondientes.

»3º.- Condenando a la demandada en cualquiera de los extremos al pago de las costas ocasionadas, y demás efectos que legalmente correspondan derivados de la presente demanda y suplico».

2.- La demanda fue presentada el 6 de noviembre de 2017 y repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid, se registró con el núm. 1143/2017. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a M.^a José Bueno Ramírez, en representación de REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda con expresa condena en costas a la parte contraria.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid dictó sentencia n.º 484/2022, de 8 de abril, con la siguiente parte dispositiva:

«Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda interpuesta por HUSCO, S.L. contra REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A. absolviendo a la demandada de todos los pedimentos contra ella deducidos.

Con expresa imposición de costas a la parte demandante.»

Segundo. *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Husco S.L.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 32.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rolo 116/2023 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 13 de noviembre de 2023, cuya parte dispositiva establece:

»1º. Estimamos, en parte, el recurso de apelación interpuesto por la representación de HUSCO SL contra la sentencia pronunciada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid en el procedimiento nº 1143/2017, por lo que debemos revocar y revocamos esa resolución judicial.

»2º.- Estimamos, en parte, la demanda y declaramos la nulidad de la relación jurídica de arrendamiento de industria y de exclusiva de abastecimiento que ha vinculado a HUSCO S.L. con REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S.A respecto a la Unidad de Suministro nº 3927, sita en la C/ Martínez de la Riva nº 119 de Madrid, por la infracción del Derecho de la competencia.

»3º.- Condenamos a REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S.A a indemnizar a HUSCO S.L. por los daños y perjuicios a ésta ocasionados, en la cantidad que se fijará en ejecución de sentencia conforme a las siguientes operaciones:

a) se determinará cuál es la diferencia media anual que existe entre el precio de transferencia aplicado por REPSOL a HUSCO S.L. (PVP medio anual fijado por REPSOL, menos la comisión y los impuestos - IVA e IVMH) y el precio medio anual en el periodo de referencia, calculado en términos que resulten comparables, aplicado al suministro libre a estaciones de servicio, abanderadas y no abanderadas, que operasen en régimen de venta en firme en el entorno en el que se hallaba emplazada la unidad de suministro explotada por la parte demandante (en un radio de 25 kilómetros tomando como centro del círculo de influencia el punto en el que se localiza la instalación objeto de litigio);

b) el resultado se multiplicará por el número de litros de cada producto en cada año suministrados por REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S.A. a HUSCO S.L. por el período comprendido entre el día 6 de marzo de 1997 y aquél en el que finalizó el suministro por parte de la entidad demandada; la operativa se efectuará aplicando anualmente un criterio de actualización de deuda de valor que utilizará como referencia el interés legal del dinero; y

c) al resultado de las precedentes operaciones habrá que sustraerle la cifra equivalente al ahorro en renta del que se ha beneficiado HUSCO S.L. durante un período de duración equivalente al concernido por la relación contractual con REPSOL que ha quedado anulada, calculado con respecto a la renta media de mercado que corresponda al arrendamiento de una unidad de suministro de características similares, computado por anualidades y aplicando un criterio de actualización de deuda de valor que utilizará como referencia el interés legal del dinero.

»4º.- No efectuamos expresa imposición de las costas derivadas la primera instancia. »5º.- Tampoco efectuamos expresa imposición de las costas correspondientes a la segunda instancia.

Devuélvase a la parte apelante el depósito que hubiera tenido que constituir para poder recurrir».

Tercero. *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- La procuradora D.ª M.ª José Bueno Ramírez, en representación de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

»Primero.- Al amparo del art. 477.3 y 477.4 LEC. La Sentencia infringe el art. 101 TFUE, el art. 2 del Reglamento 1/2003, el 217 LEC y el art. 4 bis LOPJ, al interpretar y aplicar erróneamente la STJUE C-25/21 e invertir incorrectamente la carga de la prueba.

»Segundo.- Al amparo de los arts. 477.3 y 477.4 LEC. La Sentencia ha infringido el art. 217 LEC en relación con el art. 24.1 CE, al negar de forma arbitraria e irracional la suficiencia probatoria de la documentación aportada a efectos de considerar acreditado que Husco podía conceder descuentos.

»Tercero.- Al amparo del art. 477.3 LEC y 477.4 LEC. La Sentencia infringe el art. 1968.2 Cc. La acción de daños ejercitada estaría prescrita y el dies a quo no comienza con la terminación del Contrato, sino desde la firmeza de la Resolución CNC.

»Cuarto.- Al amparo del art. 477.3 y 477.4 de la LEC por infracción del art. 1106 y 1902 Cc y la jurisprudencia que los desarrolla. La Sentencia impone el resarcimiento de un daño no indemnizable pues Husco nunca habría podido operar en un régimen de libertad de precios al no ser titular del punto de suministro y por la falta de conexión entre la infracción denunciada y el daño reclamado.

»Quinto.- Al amparo del art. 477.3 y 477.4 LEC por infracción del art. 101.2 TFUE en relación con el art. 4 bis LOPJ y de la interpretación realizada por la STJUE C-25/21. La Sentencia declara la nulidad del Contrato pese a reconocer que ninguna de sus cláusulas es contraria al art. 101 TFUE».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 22 de mayo de 2024, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación (sic) interpuestos por la representación procesal de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A., contra la sentencia n.º 70/2023, de 13 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.ª, en el rollo de apelación n.º 116/2023, dimanante de los autos de procedimiento ordinario n.º 1143/2017, seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Al no solicitarse por las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el 2 de octubre de 2024, en cuya deliberación los magistrados intervinientes acordaron solicitar del presidente la avocación del recurso al pleno de la sala. Lo que se acordó mediante providencia de esa misma fecha, que hizo un nuevo señalamiento para pleno para el día 30 de octubre de 2024, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. *Resumen de antecedentes.*

1.- El 1 de noviembre de 1993, Repsol Combustibles Petrolíferos S.A. (actualmente, Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A., y en lo sucesivo, Repsol) y D. Maximino suscribieron un contrato de arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento respecto de la unidad de suministro (gasolinera o estación de servicio) sita en la calle Martínez de la Riva nº 119, de Madrid; con una duración pactada hasta el 31 de octubre de 2018.

2.- El 6 de marzo de 1997, se subrogó en dicho contrato, en la posición de arrendataria, la sociedad Husco S.L. (en lo sucesivo, Husco).

3.- El contrato de arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento incluía entre otras las siguientes cláusulas: (i) la asunción por el arrendatario del negocio de la obligación de mantenimiento y conservación de la estación y sus instalaciones; (ii) la obligación por el arrendatario del cumplimiento de la normativa fiscal y laboral como empresario, con asunción de las consecuencias del incumplimiento; (iii) la obligación del arrendatario de suscribir un seguro de responsabilidad civil por los posibles daños provocados por la instalación; (iv) la obligación del arrendatario de tener la instalación permanentemente surtida; (v) la asunción por el arrendatario de los riesgos por los productos objeto de la exclusiva desde su recepción; (vi) la asunción por el arrendatario de la obligación de garantía por la correcta medición e identidad de los productos suministrados; (vii) la obligación de pago por el arrendatario del pago al contado de los productos suministrados y en su caso en un plazo máximo de nueve días desde su recepción e independientemente de cualquier contingencia posterior; (viii) la obligación del arrendatario de comercializar los productos carburantes y combustibles en nombre y por cuenta de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A., al precio y en las demás condiciones por esta señalados, dentro de los límites legalmente autorizados.

En cuanto a las contrapartidas económicas es de destacar: (i) cualquier descuento que pudiese aplicar será con cargo a su comisión; las ventas a los clientes se efectuarán al contado; el crédito que pueda eventualmente conceder el arrendatario será por su cuenta y riesgo; (ii) el arrendatario percibirá de Repsol las comisiones determinadas en el ámbito del Monopolio de Petróleos por la Delegación del Gobierno en la CAMPSA, que permanecerán aplicables en tanto se disponga legalmente otra cosa. A falta de determinación de las

correspondientes comisiones por la Administración, el arrendatario percibirá una comisión o retribución que se establecerá de mutuo acuerdo entre las partes, y vendrá determinada, entre otros factores, por el volumen que alcancen las ventas en la unidad de Suministro, y será similar a la percibida por otros titulares de unidades de suministro en las mismas circunstancias. La comisión así establecida no será inferior a la media de las comisiones, o márgenes comerciales en su caso, que se perciban en el mercado de otros suministradores, en el mismo área geográfica o comercial. En tanto no se alcance el correspondiente acuerdo, permanecerá aplicable la comisión que se viniere percibiendo, sin perjuicio de las regularizaciones que se establezcan una vez obtenido aquel.

4.- El 7 de noviembre de 2001, Repsol remitió a Husco una carta a la que acompañaba una propuesta de contrato en el que se incluían las orientaciones y recomendaciones contenidas en la normativa europea, para adaptar el previo contrato a dicha normativa. Al tiempo, emplazaba a Husco para la firma de ese nuevo documento, si libre y voluntariamente lo aceptaba. La falta de suscripción del nuevo contrato implicaría el mantenimiento del anterior contrato vigente, del que se entenderían eliminadas cualesquiera restricciones a la competencia o a la plena libertad de actuación comercial del agente que pudiera contener como consecuencia de la renuncia que igualmente contenía dicha comunicación.

5.- El 30 de julio de 2009, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) dictó una Resolución que consideró acreditada la infracción del art. 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y del art. 81.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, por parte de tres operadoras de productos petrolíferos, entre ellas Repsol, al haber fijado indirectamente el precio de venta al público por empresarios independientes (estaciones de servicio) que operaban bajo su bandera y restringiendo la competencia entre las estaciones de servicio de su red y entre el resto de estaciones de servicio.

La CNC adoptó esta resolución al acoger las conclusiones alcanzadas por la Dirección de Investigación, que había incoado de oficio un expediente sancionador contra las tres operadoras el 30 de julio de 2007 por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el art. 1 LDC, consistentes en la fijación indirecta de los precios de venta al público del carburante; posteriormente ampliado, en la fase resolutoria, al art. 81.1 TCE.

De acuerdo con la Dirección de Investigación: (1) Según los datos acreditados, más del 80% de la red de distribución de carburantes al por menor en el mercado español sigue el precio máximo/recomendado que las operadoras de su bandera les comunican. (2) Los precios minoristas revelan escasa variabilidad en los entornos competitivos, lo que refleja las escasas presiones competitivas, tanto intramarca como intermarca. (3) Las causas de los problemas de competencia radican no solo en el nivel de concentración, sino en la existencia de determinadas prácticas verticales, que si bien en otro contexto resultarían inocuas para la competencia, tienen un efecto acumulativo claramente anticompetitivo derivado de su funcionamiento dentro de la red de cada operador y en el conjunto del haz de acuerdos formado por las tres redes que representan más de las 2/3 partes de la oferta nacional (41%, 18% y 8%). (4) A pesar de que ha sido acreditada la posibilidad física (con mayores o menores problemas de eficacia operativa) por parte de los distribuidores al por menor de combustibles de modificar los precios máximos/recomendados, el hecho cierto es que estos distribuidores se alinean y aplican de forma prácticamente invariable los citados precios. (5) Las razones que motivan dicho seguimiento se explican tanto por las características patrimoniales y de gestión de la red de estaciones de servicio, donde los tres operadores en cuestión acumulan una elevada cuota de mercado y un porcentaje importante de estaciones de servicio gestionadas directamente, como por la serie de prácticas analizadas.

6.- En atención a tales conclusiones, la referida Resolución CNC de 30 de julio de 2009 contiene en su parte dispositiva los siguientes pronunciamientos:

«PRIMERO.-Declarar que REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., CEPESA ESTACIONES DE SERVICIO S.A. y BP OIL ESPAÑA S.A. han infringido el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 16 de julio de Defensa de la Competencia y el artículo 81.1 del Tratado CE, al haber fijado indirectamente el precio de venta al público a empresarios independientes que operan bajo su bandera, restringiendo la competencia entre las estaciones de servicio de su red y entre el resto de estaciones de servicio.

»SEGUNDO.-Declarar que todos los contratos que incluyen cláusulas en virtud de las cuales el principal le traslada a la otra parte firmante del acuerdo riesgos comerciales o financieros no insignificantes serán tratados, a efectos de la aplicación del Derecho de la Competencia, como contratos de reventa.

»TERCERO.- Declarar que cualquier cláusula contractual que figure en los contratos de suministro de carburante de REPSOL, CEPESA y BP en la que se establezca que el precio de adquisición del combustible se referencia al precio máximo o recomendado, ya sea el de la propia estación de servicio o de los competidores del entorno, es contraria al artículo 1 de la LDC y 81 del TCE, así como también cualquier uso comercial que tenga un efecto equivalente a este tipo de cláusulas.

»CUARTO.- Declarar que cualquier cláusula contractual que figure en los contratos de suministro de carburante de REPSOL, CEPESA y BP en la que se establezca que las comisiones/márgenes a percibir se calcularán a niveles similares a los de la zona donde se ubica la estación de servicio objeto del contrato es contraria al artículo 1 de la LDC y 81 del TCE, así como también cualquier uso comercial que tenga un efecto equivalente a este tipo de cláusulas.

»QUINTO.- Intimar a REPSOL, CEPESA y BP a que, a partir de la notificación de la presente resolución, tomen las medidas necesarias para la cesación de todas aquellas prácticas que contribuyan a la fijación indirecta del precio de los combustibles a la venta en Estaciones de Servicio de las redes abanderadas por REPSOL, CEPESA y BP en las que los gestores sean empresarios independientes a los efectos de la aplicación de las normas de competencia y, en particular:

i. Con el fin de que los precios aplicados a los clientes figuren correctamente en los tickets justificativos de compra emitidos por los terminales de pago propio, tanto para el cliente como para el gestor de la EESS, no podrán operar en dichos terminales sistemas que dificulten la introducción manual del precio de venta final en cada operación de venta. El precio máximo/recomendado no podrá estar incorporado en dichas terminales.

ii. No podrán operar en su red sistemas en los terminales de punto de venta que impidan o dificulten conocer y obtener justificantes de los descuentos practicados, bien para su uso como justificante de un gasto promocional o para justificar una rectificación de factura.

iii. No podrán emplear en su red sistemas de facturación que obstaculicen las rectificaciones de facturas que sean precisas para reflejar los descuentos practicados por el gestor de la estación de servicio.

iv. No podrán ocultar el conocimiento por parte del gestor de la estación de servicio del descuento total que se aplica al cliente de cada tarjeta de fidelización cuando dicho descuento es compartido, así como de la cuantía que le corresponda.

»SEXTO.- Imponer a REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A una multa de CINCO MILLONES DE EUROS (5.000.000 euros) por la infracción sancionada.

[...]

»NOVENO.- Intimar REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., CEPESA ESTACIONES DE SERVICIO S.A. y BP OIL ESPAÑA S.A para que en el futuro se abstengan de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente.

»DÉCIMO.- Ordenar a REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., CEPESA ESTACIONES DE SERVICIO S.A. y BP OIL ESPAÑA S.A la publicación, a su costa y en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución, de la parte dispositiva de esta Resolución en las páginas de economía de dos de los diarios de información general de mayor difusión en todo el territorio nacional. En caso de incumplimiento se le impondrá una multa coercitiva de 600 euros por cada día de retraso.

»UNDÉCIMO.- Los sancionados, justificará ante la Dirección de Investigación el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones impuestas en los anteriores apartados.

»DUODECIMO.- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento de esta Resolución».

7.- El 22 de mayo de 2015, la Sala Tercera del Tribunal Supremo dictó una sentencia que desestimó el recurso planteado por Repsol contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 2012, que había desestimado el recurso contencioso-administrativo formulado contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 30 de julio de 2009, que adquirió así firmeza.

8.- Durante los años siguientes, se incoaron sucesivos expedientes con la finalidad de comprobar el grado de cumplimiento de lo ordenado, que culminaron con el dictado de diversas Resoluciones administrativas (en 2013, 2015, 2017 y 2020, con su impugnación judicial posterior), que detectaron cierta renuencia de las petroleras, entre ellas Repsol, a atenerse de modo estricto a lo que les había sido impuesto, ante lo que solo habían mostrado un progresivo grado de parcial atención.

9.- El 1 de septiembre de 2016, Husco dejó de expender el producto suministrado por Repsol, quien en octubre siguiente remitió un burofax a Husco por el que resolvía el contrato y le imputaba su incumplimiento.

10.- El 27 de junio de 2017, Repsol interpuso una demanda contra Husco en la que solicitaba la resolución del contrato que les vinculaba. Lo que dio lugar al juicio ordinario núm. 615/2017 del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Madrid.

11.- El 6 de noviembre de 2017, Husco interpuso una demanda contra Repsol ante los Juzgados de lo Mercantil de Madrid, en la que alegó la nulidad del contrato de arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento por incumplimiento del derecho de la competencia, por la fijación por parte de Repsol de los precios

de venta al público de los carburantes expedidos en la unidad de suministro arrendada. Esta demanda dio lugar al procedimiento ordinario núm. 1143/2017, del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid, que es el que nos ocupa.

Ello conllevó que la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid ordenara la suspensión del mencionado juicio ordinario seguido en el Juzgado de Primera Instancia, 9 de Madrid, hasta que se dictara sentencia firme en este procedimiento mercantil.

12.- Previa oposición de Repsol, el juzgado de lo mercantil dictó sentencia desestimatoria de la demanda.

En lo que ahora interesa, la sentencia calificó la relación jurídica litigiosa como un contrato de arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento de una estación propiedad de Repsol (un contrato CODO, según la terminología habitual en el sector o Company Owned-Dealer Operated: instalaciones en las que el operador al por mayor conserva la propiedad o bien la titularidad de un derecho real de superficie o usufructo del punto de venta, pero tiene cedida la gestión a favor de un tercero con exclusividad de suministro de los productos del operador), con una duración de 25 años. Y puso de manifiesto que en el año 2001 Repsol ofreció una adaptación del contrato a la normativa europea sin que conste que el arrendatario la aceptara.

El juez mercantil consideró que el contrato no estaba vinculado a ningún derecho real (ni usufructo, ni servidumbre, ni ningún otro) y que Repsol era a todos los efectos la titular de la unidad de suministro. Así como que no podía hablarse de fijación de precios, en la medida en el que en el propio contrato se reconocía expresamente la libertad del comisionista para poder aplicar descuentos sobre el precio recomendado. Y rechazó que fuera imposible aplicar tales descuentos debido a los gastos de explotación necesarios para el desarrollo del negocio.

13.- Husco interpuso un recurso de apelación que fue estimado por la Audiencia Provincial de Madrid, que revocó la sentencia de primera instancia y estimó en parte la demanda.

En lo que para este recurso importa, la Audiencia Provincial consideró, resumidamente, que la postura que hasta ahora había mantenido la jurisprudencia española sobre la inexistencia de fijación de precios por la posibilidad de realizar descuentos debía ser revisada, o cuando menos matizada, como consecuencia de la jurisprudencia emanada del TJUE en la sentencia de 20 de abril de 2023 (asunto C-25/21), que ha establecido que, cuando se haya constatado por la autoridad de la competencia, mediante resolución que haya devenido firme tras su impugnación en sede judicial, la comisión de una infracción del Derecho de la competencia, deberá considerarse luego, incluso en el marco de una acción de nulidad ejercitada al amparo del art. 101.2 TFUE, que la infracción ha quedado acreditada por la parte demandante, salvo que medie prueba en contra por la parte demandada, siempre que la naturaleza de la misma y su alcance material, personal, temporal y territorial coincidan.

Tiene igualmente en consideración la Audiencia Provincial que la mencionada STJUE de 20 de abril de 2023 declara que, incluso si las infracciones constatadas en esas resoluciones solo coincidiesen de manera parcial con la que fuera objeto de la posterior acción (en cuanto al autor, la naturaleza, la calificación jurídica, la duración y el alcance territorial de la infracción constatada), aun así podrían esgrimirse como indicio de la existencia de los hechos a los que se hace referencia en las referidas resoluciones. En definitiva, que opera de ese modo en esta clase de litigios una suerte de inversión de la carga de la prueba que traslada a la parte demandada el peso de tener que desvirtuar con medios de prueba adecuados para ello la apreciación de la infracción en el caso enjuiciado.

Sobre esas bases y vistas las Resoluciones de la CNC antes mencionadas, la Audiencia Provincial concluye que, aunque en teoría las estaciones de servicios que operan bajo la bandera de Repsol pudieran apartarse de los precios máximos o recomendados, en la práctica encuentran importantes desincentivos para hacerlo, lo cual produce claros efectos anticompetitivos en relación con la competencia intramarca. Así como que igualmente se ve afectada la competencia intermarca, en la medida en que se considera acreditado el alineamiento de precios entre las distintas operadoras debido a una serie de factores, tales como la idéntica forma de establecer los precios máximos de las estaciones de servicio que abanderan, que no es otra que señalarlo conforme a los precios que están fijando sus competidores, así como la idéntica forma de establecer el resto de los parámetros que definen las relaciones comerciales con los titulares de las estaciones de servicio.

Por lo tanto, según la Audiencia Provincial, concurren los presupuestos señalados por el TJUE para que opere la inversión de la carga de la prueba, porque, precisamente, en el caso de la gasolinera que regenta Husco nos hallamos ante una relación contractual incardinable en las características (tanto en lo que incumbe al autor de la infracción constatada, como a su naturaleza, su calificación jurídica, su duración y su alcance territorial) de aquellas explotaciones que fueron analizadas por la autoridad de la competencia y con respecto a las cuáles se apreció la práctica de la imposición indirecta de precios. El supuesto de hecho objeto de litigio tiene un perfecto encuadre en el ámbito de la clase de infracción anticoncurrencial detectada por la autoridad de la competencia, que declaró la existencia de la conducta ilícita, identificando su mecanismo de producción, e impuso por ello sanciones pecuniarias y obligaciones de hacer para el cese en tal comportamiento anticompetitivo, que motivaron la apertura de ulteriores expedientes de seguimiento, que terminaron con sucesivas Resoluciones administrativas en los años siguientes (2013, 2015, 2017 y 2020, con su impugnación judicial posterior), con la finalidad de comprobar el grado

de cumplimiento de lo ordenado, lo que permitió detectar cierta renuencia de Repsol a atenerse de modo estricto a lo que les había sido impuesto, ante lo que solo habían mostrado un progresivo grado de parcial atención. Y como quiera que Repsol no ha probado que no haya incurrido en una fijación indirecta de precios, debe estimarse la nulidad contractual pretendida. Asimismo, concede una indemnización, cuya cuantificación difiere a ejecución de sentencia, mediante el establecimiento de unas bases que parten de la misma premisa utilizada por la actora, si bien con determinadas correcciones geográficas y temporales y con aplicación de determinados descuentos.

14.- Repsol interpuso un recurso de casación.

Segundo.

Primer y quinto motivos de casación. Nulidad contractual por fijación de precios. Cambio de jurisprudencia por aplicación de la jurisprudencia del TJUE. Resolución conjunta

Planteamiento:

1.- El primer motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 101 TFUE, 2 del Reglamento 1/2003, 217 LEC y 4 bis LOPJ, al interpretar y aplicar erróneamente la STJUE de 20 de abril de 2023, C-25/21.

En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que la sentencia recurrida se aparta de la jurisprudencia dictada hasta ahora en la materia e invierte indebidamente la carga de la prueba, que requeriría una completa homogeneidad entre la conducta sancionada en la resolución administrativa y lo invocado en el proceso civil que aquí no concurre.

La resolución de la CNC no analiza relaciones contractuales concretas, sin que en este caso se den las circunstancias de alineación de precios que tuvo en cuenta la autoridad de competencia, ni tampoco existe identidad temporal, pues no se justifica que una conducta iniciada en 1997 perviviera hasta 2016.

2.- El quinto motivo de casación denuncia la infracción del art. 101.2 TFUE en relación con el art. 4 bis LOPJ y de la interpretación realizada por la STJUE C25/21.

En el desarrollo del motivo, la parte recurrente aduce, sintéticamente, que la sentencia recurrida declara la nulidad del contrato pese a reconocer que ninguna de sus cláusulas es contraria al art. 101 TFUE.

3.- Los dos motivos se refieren a la procedencia de la nulidad contractual. El quinto supone, en buena medida, una reformulación del primer motivo, y ambos se refieren a la traslación de la jurisprudencia del TJUE y la vinculación del juez civil respecto de las conclusiones de la autoridad de competencia. Por ello, procede su resolución conjunta, para no incurrir en inútiles repeticiones.

Decisión de la Sala:

1.- Como correctamente afirma la sentencia recurrida, la jurisprudencia de la sala respecto de la fijación de precios en contratos como el que nos ocupa era contraria a la afirmación de que se producía tal fijación, aunque fuera indirecta.

En la sentencia de pleno 67/2018, de 7 de febrero, declaramos que, si bien en un primer momento, respecto de contratos de abanderamiento similares al de este procedimiento, esta sala mantuvo una postura muy estricta en las sentencias 1066/2008, de 20 noviembre, y 249/2009, de 15 de abril, el criterio se matizó a partir de la sentencia 863/2009, de 15 de enero de 2010, en la que, siguiendo la pauta fijada por el Tribunal de Justicia en la STJCE de 11 de septiembre de 2008, C- 279/06 (caso Cepsa), y la STJUE de 2 de abril de 2009, C-260/07 (caso Pedro IV), estableció que las cláusulas relativas a los precios de venta al público podían acogerse a la exención por categorías prevista en el Reglamento CEE nº 1984/83 si el proveedor se limitaba a imponer un precio de venta máximo o a recomendar un precio de venta y el revendedor tenía la posibilidad real de determinar el precio final de venta al público.

Las sentencias 214/2012, de 16 de abril; 447/2012, de 10 de julio; 91/2012, de 20 de julio; y 601/2012, de 24 de octubre, refrendaron esta postura. Y las sentencias 713/2014, de 17 de diciembre; 764/2014, de 13 de enero de 2015 (Pleno); 699/2015, de 17 de diciembre; 450/2018, de 17 de julio; y 618/2020, de 17 de noviembre, culminaron esta evolución jurisprudencial. Tales resoluciones partían de la doctrina fijada por el TJUE en la citada sentencia de 2 de abril de 2009, caso Pedro IV (C-260/07), que atribuyó al tribunal nacional que conoce del litigio la facultad de «verificar, teniendo en cuenta el conjunto de obligaciones contractuales consideradas en su contexto económico y jurídico, así como el comportamiento de las partes del litigio principal, si el precio de venta al público recomendado por el suministrador no constituye en realidad un precio de venta fijo o mínimo» (apartado 79). Y para ello debía «examinar si el revendedor tiene una posibilidad real de disminuir ese precio de venta recomendado. En particular, debe comprobar si tal precio de venta al público no se impone, en realidad, a través de medios indirectos o subrepticios, como la fijación del margen de distribución del revendedor o del nivel máximo de las reducciones que puede conceder a partir del precio de venta recomendado, la formulación de amenazas, intimidaciones o advertencias, la previsión de sanciones o el ofrecimiento de incentivos» (apartado 80).

Asimismo, las sentencias 713/2014, de 17 de diciembre, y 764/2014, de 13 de enero de 2015, se remitieron expresamente a la sentencia 789/2012, de 4 de enero de 2013, conforme a la cual «si el contrato permite hacer descuentos en el precio de venta al público, la prueba de su imposibilidad real incumbe a la parte litigante que pide

la nulidad, normalmente mediante prueba pericial, de modo que por regla general habrá de respetarse el juicio probatorio del tribunal de instancia sobre este punto», como ya se dijo en las SSTS 61/2011, de 28 de febrero; 312/2011, de 5 de mayo; 300/2011, de 13 de junio; 647/2011, de 28 de septiembre; 739/2011, de 2 de noviembre; 166/2012, de 3 de abril; y 236/2012, de 10 de abril. Y la doctrina contenida en las mismas volvió a reiterarse en las sentencias 699/2015, de 17 de diciembre, y 54/2019, de 24 de enero.

2.- Respecto del efecto vinculante para los tribunales civiles de las conclusiones contenidas en las resoluciones de las autoridades administrativas de competencia, en las sentencias 511/2018, de 20 de septiembre, y 191/2019, de 27 de marzo, declaramos que no pueden entenderse vinculantes tales resoluciones cuando en el caso resuelto por la jurisdicción contenciosoadministrativa no se enjuició el concreto entramado contractual que liga a las partes del procedimiento civil. De tal manera que si no consta que el contrato litigioso fuera uno de los examinados en el expediente administrativo que dio lugar a la resolución de la CNC o del Tribunal de Defensa de la Competencia que, a su vez, fue revisada por la jurisdicción contencioso-administrativa, no puede concluirse sin más que en ese concreto contrato hubiera imposición de precios. E igualmente declaramos en las sentencias 709/2012, de 30 de noviembre, 272/2018, de 10 de mayo, y 511/2018, de 20 de septiembre, que la imposibilidad real de hacer descuentos no puede quedar probada sin más en virtud de expedientes de los órganos de defensa de la competencia en los que no haya sido examinado el contrato objeto del litigio.

3.- Sobre esta base, lo que postula el motivo es si el cambio de jurisprudencia a que daría lugar la confirmación de la sentencia recurrida está justificado en este caso. Lo que obliga a analizar las consecuencias de la STJUE de 20 de abril de 2023, C-25/21, cuyo fallo estableció:

1) «El artículo 101 TFUE, tal como lo desarrolla el artículo 2 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos [101 TFUE y 102 TFUE], y en relación con el principio de efectividad, debe interpretarse en el sentido de que la infracción del Derecho de la competencia constatada en una resolución de una autoridad nacional de la competencia que se ha impugnado ante los órganos jurisdiccionales nacionales competentes, pero que ha adquirido firmeza tras haber sido confirmada por estos órganos jurisdiccionales, ha de reputarse acreditada -en el marco tanto de una acción de nulidad al amparo del artículo 101 TFUE, apartado 2, como de una acción por daños por infracción del artículo 101 TFUE- por la parte demandante salvo prueba en contrario, trasladándose así a la parte demandada la carga de la prueba fijada en ese artículo 2, siempre que la naturaleza de la presunta infracción objeto de esas acciones y su alcance material, personal, temporal y territorial coincidan con los de la infracción constatada en dicha resolución.

2) El artículo 101 TFUE debe interpretarse en el sentido de que, en tanto en cuanto una parte demandante consiga demostrar la existencia de una infracción de este artículo objeto de su acción de nulidad ejercitada al amparo del artículo 101 TFUE, apartado 2, y de su acción por daños por esa infracción, el juez nacional habrá de extraer todas las consecuencias y deducir, en particular en virtud del artículo 101 TFUE, apartado 2, la nulidad de pleno derecho de todas las estipulaciones contractuales incompatibles con el artículo 101 TFUE, apartado 1, entendiéndose que el acuerdo en cuestión solo se encontrará viciado de tal nulidad en su integridad si esos elementos no parecen poderse separar del propio acuerdo».

4.- A cuyo efecto, son de especial trascendencia, en relación con lo argumentado en el motivo los considerandos 62 a 65 de la mencionada STJUE, que declaran:

«62. Así pues, para garantizar la aplicación efectiva de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE, en concreto en el marco de acciones de nulidad ejercitadas al amparo del artículo 101 TFUE, apartado 2, y de acciones por daños por infracción de las normas de competencia ejercitadas a raíz de una resolución de una autoridad nacional de la competencia que se ha impugnado ante los órganos jurisdiccionales nacionales competentes, pero que ha adquirido firmeza tras haber sido confirmada por estos órganos jurisdiccionales y que ya no puede ser objeto de recurso por los cauces ordinarios, es preciso considerar que, en particular en el marco de los procedimientos relativos a tales acciones que se incoen ante un órgano jurisdiccional del mismo Estado miembro en el que esa autoridad ejerza sus competencias, la constatación, por parte de dicha autoridad, de una infracción del Derecho de la competencia acredita la existencia de esa infracción salvo prueba en contrario, que corresponde aportar a la parte demandada, siempre que su naturaleza y su alcance material, personal, temporal y territorial se correspondan con los de la infracción constatada en aquella resolución.

»63. En estas circunstancias, procede considerar que, a los efectos de tales procedimientos, la existencia de una infracción del Derecho de la competencia de la Unión constatada en una resolución de ese tipo hade reputarse acreditada por la parte demandante salvo prueba en contrario, trasladándose así a la parte demandada la carga de la prueba fijada en el artículo 2 del Reglamento n.º 1/2003, siempre que la naturaleza y el alcance material, personal, temporal y territorial de las presuntas infracciones objeto de las acciones ejercitadas por la parte demandante se correspondan con los de la infracción constatada en dicha resolución.

»64. Asimismo, cuando el autor, la naturaleza, la calificación jurídica, la duración y el alcance territorial de la infracción constatada en ese tipo de resolución y de la infracción que es objeto de la acción de que se trate solo coinciden parcialmente, las constataciones que figuran en tal resolución no carecen necesariamente de toda pertinencia, sino que constituyen un indicio de la existencia de los hechos a los que se refieren esas constataciones, como ha señalado el Abogado General, en esencia, en el punto 97 de sus conclusiones.

»65. En el caso de autos, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si los herederos de KN [la parte demandante] han demostrado que su situación está comprendida en el ámbito de las resoluciones de 2001 y de 2009 y, en particular, que la naturaleza y el alcance material, personal, temporal y territorial de las presuntas infracciones objeto de su acción de nulidad y de su acción por daños entabladas a raíz de esas resoluciones firmes se corresponden con la naturaleza y con el alcance de las infracciones constatadas en dichas resoluciones».

5.- La sentencia recurrida considera probado que la relación contractual litigiosa, un contrato de arrendamiento de industria con abastecimiento de combustible en exclusiva, modalidad CODO, es de las analizadas en la resolución de la CNC antes referida que consideró que existía imposición indirecta de precios.

Asimismo, junto a la coincidencia en la calificación jurídica de la relación contractual, la sentencia recurrida también justifica debidamente la coincidencia en los comportamientos que requiere el TJUE para considerar que se ha infringido el art. 101 TFUE (anterior 81 TCE). Para lo que parte de la base de que la resolución de la CNC de 30 de julio de 2009 (confirmada jurisdiccionalmente) analizó los distintos tipos de contrato; las relaciones económicas entre las partes; el precio de adquisición del carburante; la formación de los precios de venta al público y la comunicación de los precios recomendados o máximos; la facturación conjunta del operador por la venta de los productos y compra de los servicios; el tratamiento fiscal de los descuentos y su efectiva realización; las condiciones de pago y facturación del carburante; el importante grado de seguimiento de los precios máximos o recomendados; y las características estructurales del comercio al por menor de carburantes y combustibles.

Por tanto, parafraseando la STJUE citada, la sentencia recurrida considera probado que la naturaleza y el alcance material, personal, temporal y territorial de las presuntas infracciones objeto de la acción de nulidad y de la acción por daños entabladas por la demandante a raíz de esas resoluciones firmes se corresponden con la naturaleza y con el alcance de las infracciones constatadas en dichas resoluciones de la autoridad nacional de la competencia. Lo cual permite la inversión de la carga de la prueba a la que se refiere la transcrita STJUE, de manera que debe ser la compañía de bandera quien pruebe que, en el caso enjuiciado, no hubo tal fijación indirecta de precios.

Desde ese punto de vista, la sentencia recurrida interpreta correctamente la vinculación del juez civil respecto de las conclusiones a las que ha llegado la autoridad de competencia. La sentencia tiene en cuenta que la resolución de 30 de julio de 2009 constató que Repsol había pasado de un sistema de fijación directa de precios a un sistema de fijación indirecta y explicó e identificó los mecanismos que determinaban que el precio indicado como máximo o recomendado se comportara, realmente, como un precio fijo o mínimo. Por lo que la resolución concluyó que las conductas analizadas suponían una fijación vertical del precio de venta al público, constitutiva de una infracción del art. 1 LDC y 81.1 TCE (actual 101.1 TFUE).

Aunque Repsol sigue insistiendo en que no hubo fijación de precios, sino alineamiento, no fue eso lo que determinó la CNC y vincula prejudicialmente al juez civil, salvo prueba en contrario. Por lo que ante falta de dicha prueba en contrario y en recta aplicación del art. 217 LEC, el entendimiento de la Audiencia Provincial de que hubo coincidencia personal, material, temporal y geográfica o territorial es correcto. Y si bien es cierto que supone un apartamiento de la que hasta ahora era jurisprudencia de la sala, está justificado por la recta aplicación de la jurisprudencia del TJUE a que obliga el art. 267 TFUE y el art. 4 bis LOPJ.

6.- Debe tenerse en cuenta, finalmente, que para que el contrato se declare nulo no es imprescindible que alguna de sus cláusulas infrinja de inicio y per se el Derecho de la competencia, puesto que basta que en su ejecución se incurra en alguna práctica que tenga por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción (art. 101.1 a TFUE, antiguo art. 81.1 a TCE). Y eso es lo declarado por la resolución firme de la autoridad de la competencia que sirve de antecedente a la reclamación judicial origen de estas actuaciones.

7.- Como consecuencia de lo expuesto, el primer y el quinto motivos de casación deben ser desestimados. Lo que, correlativamente, implica el cambio de la jurisprudencia de esta sala en los términos expuestos.

Tercero. Segundo motivo de casación. Valoración y carga probatoria

Planteamiento:

1.- El segundo motivo de casación denuncia la infracción del art. 217 LEC, en relación con el art. 24.1 CE.

2.- Al desarrollar el motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que la sentencia recurrida ha negado de forma arbitraria e irracional la suficiencia probatoria de la documentación aportada para considerar acreditado que Husco podía conceder descuentos. No es exigible una prueba diabólica, pues una vez que se han acreditado los descuentos, que son suficientes por sí mismos para descartar la fijación de precios, no es exigible una mayor prueba.

Decisión de la Sala:

1.- El motivo prescinde conscientemente de las conclusiones de la resolución administrativa que sirve de antecedente a la demanda. Esa resolución y su confirmación jurisdiccional llegaron a la certeza de que la facultad

reconocida a Repsol en contrato para determinar el precio de venta al público, sin remisión a parámetros objetivos, unida a la facultad de determinar unilateralmente el margen minorista/comisión del titular de la estación de servicio, así como la obligación de dicho titular de comercializar los productos de Repsol en el precio y condiciones establecidas por ella, constituían por sí mismas un sistema de fijación indirecta del precio, en tanto que el control del operador sobre la relación económica entre las partes determinaba la posibilidad/imposibilidad de realizar supuestos descuentos con cargo a la comisión, que no respondían a ningún criterio objetivo, sino de la voluntad unilateral del operador.

2.- Como consecuencia de ello, las conclusiones probatorias de la sentencia recurrida sobre la carga de la prueba y la valoración de los descuentos no son irracionales y arbitrarias, sino concordes con lo resuelto por la STJUE de 20 de abril de 2023, que la parte recurrente pretende sortear.

3.- En su virtud, el segundo motivo de casación también debe ser desestimado.

Cuarto. Tercer motivo de casación. Prescripción de la acción

Planteamiento:

1.- El tercer motivo de casación denuncia la infracción del art. 1968.2 CC, sobre el plazo de prescripción de la acción.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, sintéticamente, que la acción de daños ejercitada estaría prescrita, puesto que el dies a quo no comienza con la terminación del contrato, sino desde la firmeza de la resolución de la CNC.

Decisión de la Sala:

1.- Repsol no opuso la excepción de prescripción de la acción de daños en su contestación a la demanda, por lo que no puede introducir ex novo esta alegación en casación.

2.- Los planteamientos novedosos por no haberse formulado oportuna y explícitamente en el momento procesal adecuado deben ser rechazados de plano, sin que pueda servir de excusa que viene exigido su examen por el orden público procesal, ya que éste vincula para resolver las cuestiones planteadas en el momento procesal que corresponde y no de forma extemporánea. Aparte de que la extemporaneidad afecta a otros principios esenciales como son los de preclusión, contradicción y defensa, estos dos últimos con valor de garantías constitucionales fundamentales (art. 24.1 CE).

La jurisprudencia de esta sala veda plantear cuestiones per saltum, que son aquellas que pudiendo plantearse, no lo fueron, en la primera instancia y/o en la apelación (sentencias 614/2011, de 17 noviembre; 632/2012, de 29 octubre; 32/2013, de 6 de febrero; 268/2013, de 22 de abril, entre otras muchas). No pueden plantearse en casación cuestiones que no hayan sido formuladas en la apelación, «pues el recurso de casación permite denunciar las infracciones legales en que el tribunal de apelación haya podido incurrir al resolver las cuestiones planteadas en el recurso de apelación, pero no permite hacer un nuevo planteamiento de la cuestión litigiosa, distinta a la que se sometió a la consideración del tribunal de apelación» (sentencia del Pleno 772/2014, de 12 de enero de 2015).

3.- En su virtud, este motivo de casación debe ser desestimado.

Quinto.

Cuarto motivo de casación. Daño indemnizable. Reclamación que no se ajusta a la infracción sancionada ni al perjuicio económico sufrido. Estimación en parte del recurso de casación

Planteamiento:

1.- El cuarto motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 1106 y 1902 CC y la jurisprudencia que los desarrolla.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente argumenta, resumidamente, que la sentencia recurrida impone el resarcimiento de un daño no indemnizable, puesto que Husco nunca habría podido operar en un régimen de libertad de precios, al no ser titular del punto de suministro. Asimismo, denuncia la falta de conexión entre la infracción denunciada y el daño reclamado, puesto que lo que se reclama como indemnización se refiere a las relaciones entre las partes (precio de venta del fabricante al distribuidor), que es ajeno a los perjuicios que puede haber existido por la fijación de precios de reventa a los terceros.

Decisión de la Sala:

1.- Como regla general, las infracciones del Derecho de la competencia conllevan la indemnización de daños y perjuicios causados a los perjudicados. Y así lo estableció el art. 6 del Reglamento CE 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado:

«Los tribunales ordinarios salvaguardan los derechos subjetivos que emanan del Derecho comunitario al pronunciarse sobre los litigios entre particulares, por ejemplo, mediante el resarcimiento de daños y perjuicios a los afectados por la comisión de infracciones».

Resarcimiento que ya había sido admitido por el Tribunal de Justicia al reconocer que correspondía al juez civil nacional declarar la nulidad de los acuerdos o contratos contrarios a la competencia y decretar sus consecuencias [SSTJC de 28 de febrero de 1991 (Delimitis), 18 de septiembre de 1992 (Automec) y 20 de abril de 1998 (Cabour)]. Seguidas por las sentencias de esta sala de 2 de junio de 2000 (Disa), 2 de marzo de 2001 (caso Mercedes Benz) y 15 de marzo de 2001 (Petronor), siendo desde entonces jurisprudencia constante e incontrovertida. Y en el desarrollo de la protección del perjudicado por la conducta infractora, la jurisprudencia comunitaria ha reconocido a cualquier perjudicado por el incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia el derecho a ser indemnizado por quien causó el daño [SSTJCE 20 de septiembre de 2001 (Courage) y 13 de julio de 2006 (Manfredi)].

2.- Las prácticas restrictivas de la competencia no sólo lesionan el interés general, al falsear la libre competencia en el mercado, sino que también pueden lesionar y generar daños en los patrimonios de los operadores económicos intervinientes en el mercado. De ahí que el TJUE haya anudado a la nulidad de pleno derecho de la práctica, el derecho al resarcimiento a favor del perjudicado por la infracción del Derecho de la Competencia.

En el ámbito en el que se desenvuelve este litigio, el fundamento ineludible de cualquier reclamación de daños y perjuicios es la existencia de una conducta calificable como pacto o práctica colusoria prohibida por el art. 101 TFUE o por el art. 1 LDC, o como abuso de posición de dominio prohibida por el art. 102 TFUE o por el art. 2 LDC, que sea apta para causar un quebranto patrimonial al demandante.

Conforme a la jurisprudencia comunitaria, el perjuicio susceptible de indemnización puede ser tanto un daño material como el lucro cesante, incluyendo los intereses legales (STJCE de 13 de julio de 2006, Manfredi). Los daños materiales más comunes provienen de la pérdida de ventas, de clientela o de reducción del volumen de negocios; y el lucro cesante de la pérdida de una oportunidad contractual frustrada por la conducta ilícita.

Y en nuestra jurisprudencia (por ejemplo, sentencias 289/2009, de 5 de mayo, y 662/2012, de 12 de noviembre), tenemos declarado que «el art. 1.106 CC señala como concepto indemnizatorio el de 'la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor', es decir, los incrementos patrimoniales que el acreedor esperaba obtener y que se han visto frustrados por la actuación de la parte contraria (STS 175/2009, de 16 de marzo)», cuya fijación, en cuanto que se refiere a beneficios futuros, debe obtenerse «mediante apreciaciones prospectivas, fundadas en criterios objetivos de experiencia, entre los que pueden servir los que operan en el mundo económico, contable, actuarial, asistencial o financiero según las disciplinas técnicas o científicas correspondientes, de acuerdo con el examen y ponderación de las circunstancias de cada asunto (STS 274/2008, de 21 de abril)».

3.- Sobre esta base, la cuestión no consiste en negar que Husco hubiera podido comerciar en el mercado libre, sino si la conducta anticoncurrencial imputada a Repsol le ha causado un perjuicio patrimonial y, en tal caso, cuáles son los perjuicios que se le han irrogado por tener que estar sometida como distribuidora a un sistema de fijación de precios finales de venta al público.

En la demanda se solicitó, resumidamente, la condena de Repsol a indemnizar a la demandante en la cantidad resultante -desde el 6 de marzo de 1997- de aplicar la diferencia entre: la media anual del precio de transferencia de Repsol a Husco (minuyendo) y los precios de venta más favorables aplicados a otros suministradores sin fijación de precios (sustraendo).

De inicio, dicha pretensión no identifica correctamente la conducta colusoria declarada, pues la fijación de precios que infringe el Derecho de la competencia no es la del precio de venta del fabricante al distribuidor, sino la imposición por el fabricante del precio final de venta al público por el distribuidor.

Lo que consideró antijurídico y sancionable la CNC en su resolución del 2009 fue que Repsol hubiera fijado indirectamente el precio de venta al público por empresarios independientes (estaciones de servicio) que operaban bajo su bandera y hubiera restringido la competencia entre las estaciones de servicio de su red y entre el resto de las estaciones de servicio.

4.- La prohibición de la fijación de precios de reventa no tiene como objetivo proteger al distribuidor -como contratante débil- frente a la posición más fuerte del proveedor. Su finalidad es proteger el mercado, para evitar tanto la posible colusión entre los proveedores al aumentar la transparencia de los precios en el mercado, como la eliminación de la competencia de precios intramarca.

En este marco operativo, el daño indemnizable debe ser consecuencia lógica de la conducta ilícita, y en este caso consistiría en que la imposibilidad de fijar libremente el precio final de venta al público por parte del distribuidor le impedía -a su vez- beneficiarse del denominado efecto volumen (el impacto de los cambios en la cantidad de productos o servicios vendidos sobre la cifra final de ventas resultante), es decir, vender más producto por ser su precio más competitivo, con un eventual o hipotético beneficio. Y estos serían los términos en los que debería haberse basado -con su correspondiente prueba- la pretensión indemnizatoria.

5.- En la medida en que las bases indemnizatorias fijadas por la sentencia recurrida parten del mismo supuesto de cálculo utilizado por la demandante (la diferencia media anual que existe entre el precio de transferencia aplicado por Repsol a Husco y el precio medio anual en el periodo de referencia, calculado en términos que resulten comparables, aplicado al suministro libre a estaciones de servicio), la indemnización concedida no se corresponde con el daño que Husco debería haber probado que le había causado la práctica anticompetitiva apreciada en el caso. Por lo que este motivo del recurso de casación debe ser estimado.

Este tribunal, al asumir la instancia, no puede sustituir las pretensiones de las partes, ni por otro lado, tendría elementos de juicio para determinar una indemnización sin que se hubiera probado el daño y conforme a bases diferentes de las que sustentan la reclamación de la demandante. En consecuencia, la sentencia recurrida debe ser confirmada en cuanto que declara la nulidad de la relación contractual, por infracción del Derecho de la Competencia, pero anulada en cuanto a la condena a la indemnización de daños y perjuicios, que queda sin efecto.

Sexto. Costas y depósitos

1. La estimación en parte del recurso de casación comporta que no proceda hacer expresa imposición de las costas causadas por él, según previene el art. 398.2 LEC.

2. Igualmente, conlleva la devolución del depósito constituido para su formulación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, LOPJ.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A. contra la sentencia núm. 70/2023, de 13 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 32ª, en el recurso de apelación núm. 116/2023.

2.º- Anular en parte dicha sentencia, en el sentido de mantener la declaración de nulidad contractual, pero dejar sin efecto la condena al pago de una indemnización de daños y perjuicios.

3.º- No hacer expresa imposición de las costas causadas por el recurso de casación y ordenar la devolución del depósito constituido para su formulación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala. Y comuníquese esta sentencia a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (arts. 16.3 LDC y 212.3 LEC) .

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.