

Roj: **SAP M 1124/2024 - ECLI:ES:APM:2024:1124**Id Cendoj: **28079370282024100126**Órgano: **Audiencia Provincial**Sede: **Madrid**Sección: **28**Fecha: **19/01/2024**Nº de Recurso: **2559/2022**Nº de Resolución: **25/2024**Procedimiento: **Recurso de apelación**Ponente: **GREGORIO PLAZA GONZALEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia****AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID****SECCIÓN 28****ROLLO DE APELACIÓN Nº 2559/2022**

Procedimiento de origen: Juicio Ordinario nº 122/2021.

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 17 de Madrid.

Parte recurrente: AUTOSERVICIO BILBAO, S.A.

Procurador: D. David García Riquelme

Letrado: D. José Ángel Castillo Cano-Cortés/Dª Susana Toledo Rivera

Parte recurrida: REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS, S.A.

Procurador: D. Fernando Gala Escribano

Letrada: Dª Mercedes Villarrubia García

SENTENCIA nº 25/2024

En Madrid, a diecinueve de enero de dos mil veinticuatro.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados D. Gregorio Plaza González, D. Francisco de Borja Villena Cortés y D. José Ignacio Zarzuelo Descalzo, los presentes autos de juicio ordinario sustanciados con el núm. 122/2021 ante el Juzgado de lo Mercantil núm. Diecisiete de Madrid, pendientes en esta instancia al haber apelado la parte demandante la Sentencia que dictó el Juzgado el día trece de junio de dos mil veintidós.

Ha comparecido en esta alzada la demandante AUTOSERVICIO BILBAO, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. David García Riquelme y asistida de los Letrados D. José Ángel Castillo Cano-Cortés/Dª Susana Toledo Rivera, así como la demandada REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. Fernando Gala Escribano y asistida de la Letrada Dª Mercedes Villarrubia García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del siguiente tenor: "FALLO: **DESESTIMO** la demanda interpuesta por el procurador D. David García Riquelme en nombre y representación de Autoservicio Bilbao S.A. contra Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A. y **ABSUELVO** a Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A. de todos los pedimentos que en su contra pudieran derivarse de este procedimiento.

CON IMPOSICIÓN de costas a la parte demandante."



SEGUNDO. Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante y, evacuado el traslado correspondiente, se presentó escrito de oposición, elevándose los autos a esta Audiencia Provincial, en donde fueron turnados a la presente Sección y, seguidos los trámites legales, se señaló para la correspondiente deliberación, votación y fallo el día dieciocho de enero de dos mil veinticuatro.

Ha intervenido como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Gregorio Plaza González.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. AUTOSERVICIO BILBAO, S.L. interpuso demanda de juicio ordinario contra REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A. por la que solicitaba:

A) Declare la nulidad de origen por fijación directa e indirecta de PVP del negocio jurídico complejo - escritura pública de compraventa de 16.01.1987 arrendamiento de industria con exclusiva de suministro de 9.01.1987, adendum de 30 de diciembre de 1996, y escritura pública de esta misma fecha respecto de los terrenos donde se instalan los lavaderos-, de conformidad con el artículo 101.2 del TFUE y 1.2 LDC y, en consecuencia:

1. Se declare que la plena propiedad de las fincas núm. 482 y 3155 de Etxebarri del Registro de la Propiedad de Bilbao núm. 4, instalaciones implantadas en la misma de Estación de servicio y lavado son propiedad plena de AUTOSERVICIO BILBAO S.A., condenando a REPSOL CPP S.A. a la entrega inmediata de la posesión en tal concepto, sin contraprestación alguna.

2. Subsidiariamente a lo anterior, y con la misma declaración de plena propiedad y condena de entrega de la posesión, devolviendo AUTOSERVICIO BILBAO S.A. a REPSOL CPP S.A. el precio abonado con la correspondiente indemnización por importe total de 616.337,23 €.

3. En cualquiera de los dos supuestos precedentes, se condene a REPSOL CPP S.A. a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados a AUTOSERVICIO BILBAO SA en la cantidad de 15.027.189 €, sin perjuicio de su posterior actualización a fecha de efectividad de la nulidad.

B) Subsidiariamente, declare la nulidad por ineficacia sobrevenida desde 1.01.2007, por fijación indirecta de PVP, del negocio jurídico complejo - escritura pública de compraventa 16.01.1987, arrendamiento de industria con exclusiva de suministro 9.01.1987, adendum de 30 de diciembre de 1996 y escritura pública de esta misma fecha respecto de los terrenos donde se instalan los lavaderos, de conformidad con el artículo 101.2 del TFUE y 1.2 LDC y, en consecuencia:

1. Se declare que la plena propiedad de las fincas núm. 482 y 3155 de Etxebarri del Registro de la Propiedad de Bilbao núm. 4, instalaciones implantadas en la misma de Estación de servicio y lavado son propiedad plena de AUTOSERVICIO BILBAO S.A., condenando a REPSOL CPP S.A. a la entrega inmediata de la posesión en tal concepto, sin contraprestación alguna.

2. Subsidiariamente a lo anterior, y con la misma declaración de plena propiedad y condena de entrega de la posesión, devolviendo AUTOSERVICIO BILBAO S.A. a REPSOL CPP S.A. el precio abonado con la correspondiente indemnización por importe total de 616.337,23 €.

3. En cualquiera de los dos supuestos precedentes, se condene a REPSOL a asumir las consecuencias inherentes a esa declaración, indemnizando los daños y perjuicios ocasionados a AUTOSERVICIO BILBAO S.A. en la cantidad de 8.126.319 €, sin perjuicio de su posterior actualización a fecha de efectividad de la nulidad.

C) Mas Subsidiariamente a la pretensiones anteriores, se declare que la relación de compra en exclusiva del contrato de arrendamiento de 9.1.1987 está afectada por la Resolución del Consejo de la CNC de 30.07.2009, que devino firme, y declaró que REPSOL CPP ha fijado indirectamente el precio de venta al público a los empresarios independientes que operan bajo su bandera y, en consecuencia, condene a REPSOL COMERCIAL CPP S.A. a indemnizar a AUTOSERVICIO BILBAO S.A. por los daños y perjuicios ocasionados en la cantidad de 7.739.457 €.

D) Se condene a la demandada al pago de las costas.

La demanda señala que se ejercita, con carácter principal, la acción de declaración de nulidad de origen de la relación contractual compleja (compraventa y arrendamiento) y sus consecuencias o efectos de restitución de las recíprocas obligaciones, incluyendo la solicitud de indemnización de los daños y perjuicios.

Y, con carácter subsidiario, si no procediera la acción de nulidad, se ejercita la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, susceptibles de indemnización, por infracción del Derecho de la Competencia declarada por Resolución firme de 30/07/2009 de la CNC.

Las bases cuantificadoras de la referida indemnización de daños se corresponden con la siguiente fórmula:

Sobrecoste o Diferencia de precios = Nº de litros anuales suministrados por REPSOL * (precio medio anual suministros REPSOL a la ES - Precio medio anual suministros de otros operadores autorizados del mercado a EESS de la zona).

En fecha 30.10.1986, AUTOSERVICIO BILBAO y CAMPSA suscribieron, respecto de la Estación de servicio actualmente número 33.333, sita en N-634 P.K. 106,4 de Echévarri (Vizcaya), el contrato privado de compraventa por el que la demandante vende la citada Estación de servicio, hasta entonces de su propiedad y, al tiempo, se asumía el compromiso de arrendamiento de la gestión a la vendedora.

AUTOSERVICIO BILBAO vende a CAMPSA las instalaciones de la ES a ambos márgenes de la Carretera, los terrenos sobre los que están construidas cada una de las Estaciones de servicio y la concesión administrativa número 5.727 que faculta la explotación, por el precio de 28.000.000 Ptas. (168.283,38 euros), que se abonaron al otorgamiento de la escritura pública de compraventa de fecha 16.01.1987.

CAMPSA arrienda a AUTOSERVICIO BILBAO la Estación de servicio a ambos márgenes, mediante Contrato de Arrendamiento de Industria y Exclusiva de Venta de fecha 09.01.1987.

Con fecha 01.07.1989 se suscribe un contrato de cooperación técnica, comercial y publicitario con REPSOL PETRÓLEO, S.A. En este contrato se incorpora la Estación a la red comercial de REPSOL, mediante la implantación de la imagen de marca y la exclusiva de suministro de lubricantes y productos de apoyo a la automoción.

El proceso de liberalización del Monopolio de la distribución de carburantes, que hasta ese momento ostentaba CAMPSA, culmina con la aprobación, el 22.12.1992, de la Ley 34/1992 de Ordenación del Sector Petrolero que declara la extinción del Monopolio de Petróleos y la total liberalización de las actividades de importación, refino, distribución y venta, transporte y almacenamiento de productos petrolíferos, lo que efectivamente tuvo lugar el 14.01.1993.

La extinción del Monopolio supuso para los concesionarios la extinción de los derechos y obligaciones derivados de la concesión y la liberalización del suministro de combustibles y carburantes, a través de operadores petrolíferos autorizados, en régimen de derecho privado.

En Adendum al contrato de 09.01.1987, de fecha 30.12.1996, se modifican los vínculos contractuales vigentes hasta entonces (compraventa-arrendamiento) en cuanto que se acordó ampliar el objeto y la Estación de servicio para instalación de unos boxes de lavado, mediante la venta por parte de AUTORSERVICIO BILBAO a favor de REPSOL, que compra, una parcela colindante por un importe de 10.000.000 ptas. (60.101,21 €). La instalación del lavado, junto con la remodelación de la tienda del margen principal, saneamiento y pavimentación del terreno, correspondió a AUTOSERVICIO BILBAO, colaborando REPSOL en la aportación de una cantidad máxima de 11.117.750 ptas. (66.819,02 €). Como consecuencia de dichas operaciones se acuerda ampliar el plazo inicial de duración del contrato de arrendamiento de industria y exclusiva de venta, a 28 años más desde la firma de este Adendum, sin perjuicio de la prórroga pactada.

REPSOL, desde que se subrogó en la posición de CAMPSA, impuso a AUTOSERVICIO BILBAO su condición de "comisionista", integrándola en su red abanderada, mediante suscripción de anexos de comisiones uniformes en su red y comunicando un precio de venta del producto suministrado en exclusiva.

Señala la demanda que AUTOSERVICIO BILBAO asume de forma significativa los riesgos relacionados con la venta al público de los combustibles y carburantes, por lo que, es un empresario económico independiente y, por ende, el Contrato de 09.01.1987 debe analizarse desde la perspectiva del artículo 101 del TFUE en el presente procedimiento.

Resolución TDC de 11/07/2001.

Sostiene la demanda que el TDC en su Resolución de 11/07/2001, Expte. 490/00 REPSOL, evidenció que REPSOL utilizó de forma muy amplia, en todo el mercado peninsular, contratos que no pueden considerarse auténticos contratos de agencia y que, no obstante esas características, se han utilizado sistemas que permiten la fijación de los precios, a todos los efectos prácticos, en el escalón minorista. Y de igual modo la CNMC en su Resolución de 30/07/2009 extiende su análisis y pronunciamientos a todos los contratos CODO y DODO, en que como agente no genuino se equipara a un contrato de reventa a efectos de Derecho de Competencia.

Añade que en el Expte. 490/00 REPSOL reconoció expresamente que fijaba los PVP a los titulares de Estaciones de servicio. En fecha 11.07.2007, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta), de la Audiencia Nacional dictó sentencia por la que desestimó el recurso interpuesto por REPSOL CPP. Se remitía dicha resolución a la STJCE de 14 de diciembre de 2006, Asunto C-217/05. El recurso de casación interpuesto por REPSOL CPP ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo fue desestimado.



En fecha 07.11.2001, REPSOL CPP remitió a los "supuestos" comisionistas de su red, entre ellos AUTOSERVICIO BILBAO, una carta modelo declarando como fin último del envío el cumplir el Reglamento (CE) nº. 2790/99 y las intimaciones de la Resolución TDC de 11.07.2001.

Resolución CNC de 30.07.2009.

La Resolución devino firme y constata la fijación por medios indirectos, por parte de REPSOL CPP, del PVP de los combustibles y carburantes a los titulares de las Estaciones de servicio de su red abanderada con contratos de comisión o de reventa con precio de referencia, pese a los siguientes hechos:

(i) Reconocimiento expreso al titular de la Estación de servicio por parte de REPSOL CPP, de la posibilidad de hacer descuentos;

(ii) Existencia de descuentos a través de la tarjeta SOLRED (extremo que se analizará en detalle en un momento posterior).

La Resolución del Consejo -Sala de Competencia- de 20.12.2013, declaró el incumplimiento parcial de la Resolución de la extinta CNC de 30 de julio de 2009 e insta a Repsol, Cepsa y BP para que adopten las medidas necesarias para el cumplimiento completo de la Resolución de 30 de julio de 2009. Los Contratos de agencia impropia de REPSOL CPP, entre ellos el Contrato de 09.01.1987 suscrito con AUTOSERVICIO BILBAO, se encuentran afectados por la Resolución del Consejo CNC, de 30.07.2009.

Mediante Resolución de fecha 12.03.2015 (Expte. SNC/0032/13, REPSOL) 13 el Consejo de CNMC declaró acreditado el incumplimiento de la Resolución de 30.07.2009 por parte de REPSOL CPP, con imposición de una sanción por importe de 8.750.000 euros, en tanto en cuanto REPSOL CPP había continuado fijando el PVP a los comisionistas de su red.

La Resolución de 27.07.2017 no consideró acreditado el cumplimiento de la resolución de la CNC de 30 de julio de 2009.

El nuevo modelo contractual llamado "consigna" que REPSOL propone a los contratos existentes en su red CODO/Comisión, se caracteriza como la propia REPSOL manifiesta en dicha comunicación, fundamentalmente, por la eliminación de los riesgos comerciales, financieros y de producto de la Estación de servicio, los cuales pasan a ser asumidos por RCPP. Lo que implica claramente que con anterioridad, y aun después los contratos CODOs que no se sometían a dicho modelo contractual, continúan asumiendo tales riesgos.

La Resolución del Consejo, Sala de competencia, de la CNMC, de fecha 15 de diciembre de 2020, declaró acreditado el incumplimiento de las resoluciones de 30 de julio de 2009 y 20 de diciembre de 2013 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.

La demanda se sustenta en un hecho concreto: la posibilidad de hacer descuentos.

La CNC reconoce explícitamente la posibilidad formal de las Estaciones de servicio para realizar descuentos pero, no obstante, concluye que se produce la vulneración del artículo 1 LDC y artículo 101 TFUE pese a la existencia de descuentos a través de la tarjeta SOLRED.

A este respecto señala que la única posibilidad de hacer descuentos se somete a la tarjeta SOLRED, gestionada por SOLRED, S.A., es decir, por REPSOL CPP, cuyas condiciones (descuentos) se negocian individualmente entre SOLRED, S.A. y el cliente y se aplican sobre el PVP monolito, que es el fijado por la propia REPSOL CPP.

Añade que no hay margen suficiente para practicar descuentos, lo que sustenta en el informe que acompaña, que se analiza, desde un punto de vista económico, la capacidad de AUTOSERVICIO BILBAO de conceder descuentos en la actividad de venta de combustible y carburantes, NEGOCIO OIL, a través del análisis de la rentabilidad de dicha actividad, tomando como muestra los datos de los ejercicios 2017 a 2019. Concluye que la rentabilidad de la actividad de distribución de carburante (Negocio OIL) no supone ni 1 céntimo por litro, lo que evidencia la insuficiencia de los descuentos e incentivos percibidos de REPSOL para hacer viable el negocio OIL y, por tanto, la imposibilidad de realizar descuentos significativos con cargo a su margen. Se han analizado los precios diarios de 8 Estaciones que conforman su área de influencia. AUTOSERVICIO BILBAO tendría que hacer descuentos entre casi 10 y 12 céntimos de euro por litro para poder competir con las Estaciones de la zona más económicas.

SEGUNDO. REPSOL CPP contestó a la demanda y formuló reconvención.

- Prescripción.

Debemos señalar que la contestación opone la excepción de prescripción de la acción liquidatoria, destacando que lo que se reclama es una indemnización. La responsabilidad por daños y perjuicios reclamada de contrario



pertenecería al ámbito extracontractual del art. 1.902 CC. Pues bien, conforme dispone el art. 1.968 CC, la reclamación de daños y perjuicios de la parte actora, más allá de un año antes de la interposición de la demanda, habrían prescrito. Se remite también al plazo de un año establecido en la Ley del Contrato de Agencia.

Y, en todo caso, añade que resultaría de aplicación el plazo de prescripción de tres años establecido en el artículo 1967.1º CC, dado que se considera "agente" a todos los que tienen por oficio gestionar negocios ajenos, con independencia de si se desempeña tal función con carácter esporádico o de forma estable, con cita de la STS de 25 de febrero de 2009.

Subsidiariamente alega la aplicación del plazo de cinco años previsto en el 1964 CC.

- Retraso Desleal y uso instrumental del Derecho de la Competencia. Abuso de derecho y actuación contraria a la buena fe.

Considera la demanda en primer lugar que concurre un retraso desleal en el ejercicio de las acciones y una utilización instrumental del derecho de la Competencia.

La demanda tiene fecha de 05-02-2021. El contrato de arrendamiento de industria y exclusiva de venta tiene fecha de 09.01.1987 y originalmente vencía a los 25 años- Posteriormente mediante Addendum de 30.12.1996, ambas partes convinieron que el plazo inicial de vigencia finalizara a los 28 años contados desde la fecha de dicho Addendum. La fecha de vencimiento es el 30.12.2024.

Las adiciones acreditan la normalidad con la que se ha venido desarrollando la relación, incluso cuando en 2019 la demandante suscribió el Contrato de Franquicia relativo a la instalación de la tienda Supercor en la ES y firmó el Contrato Marco de Compraventa Adblue. Parece ilógico que, si hubiera tenido algún tipo de reserva o denuncia frente a REPSOL CPP, el mismo año no habría suscrito dos contratos al margen del que ya les vinculaba.

Tras casi 34 años desde el inicio de la relación contractual, la actora ha alegado que durante todo ese tiempo REPSOL CPP le habría fijado los PVPs de los productos objeto de la exclusiva de suministro y que, en consecuencia, procede declarar la nulidad de origen de las relaciones contractuales, subsidiariamente declarar la nulidad por ineficacia sobrevenida desde el 01.01.2007 y más subsidiariamente, se declare que las relaciones están afectadas por la Resolución CNC 30.07.2009.

Y no fue sino hasta octubre de 2019 cuando la actora comenzó a exigir a REPSOL CPP unas condiciones económicas que le parecían más adecuadas, sugiriendo el cambio de naturaleza del contrato a un contrato de reventa, y realizó reserva de acciones en reclamación de daños por supuestas restricciones de competencia.

La finalidad de la demanda no tiene nada que ver con el Derecho de la Competencia, sino que se pretende servir de él mediante un uso instrumental del derecho para tratar de evitar o dilatar la devolución de la ES, así como obtener una inexistente indemnización retrospectiva.

REPSOL CPP rechaza la pretendida nulidad del Contrato de arrendamiento de estación de servicio y exclusiva de venta de 09.01.1987, y de la Escritura pública de compraventa de los terrenos, que vino precedida del contrato privado de compraventa, de 30.10.1986, en cuya virtud REPSOL CPP adquirió la ES. Aún en el hipotético caso que se declarara probada la infracción, la eventual nulidad nunca podría alcanzar a la compraventa de los terrenos sobre los que está construida la Estación de Servicio.

Los contratos de compraventa de las fincas y de la ES y que afectan a la relación objeto de las actuaciones son los siguientes:

1. Contrato Privado de Compraventa de 30.10.1986 se pactó la compraventa de la finca y la Estación de Servicio construida sobre ella, por el precio de 28.000.000 Ptas. (168.283,4€), que serían entregados en el momento de otorgar la escritura pública.

2. Escritura pública de 16.01.1987 por la que la demandante formalizó la venta a CAMPSA de los dos márgenes donde se encuentra ubicada la ES y de la concesión administrativa nº 5.727 para explotar la ES por el indicado precio de 28.000.000 Ptas. (168.283,4€), otorgando la parte vendedora a favor de CAMPSA carta de pago del importe recibido.

3. Addendum al contrato, fechado el 30.12.1996, por el que se acordó ampliar el objeto del contrato con la venta a REPSOL, mediante escritura pública, de la parcela colindante con la ES, por el precio de 10.000.000 Ptas. (60.101,21€) más IVA.

4. En dicho Addendum igualmente consta que REPSOL aportaba 11.117.750 Ptas. (66.819,02€) más IVA, para la realización de obras de acondicionamiento y mejora de la ES. En dicho Addendum, a resultas de esas inversiones, también se pactó la ampliación de la duración del contrato de arrendamiento de industria.



El contrato de arrendamiento de industria y exclusiva de suministro que afecta a la relación objeto de las actuaciones es el siguiente:

1. Contrato de fecha 09.01.1987, por el que CAMPSA cedió a la actora la gestión de la ES.

Mediante Addendum de 30.12.1996 se amplió el plazo de vigencia a 28 años desde aquella fecha. Las partes pactaron la exclusiva de suministro.

En la cláusula quinta.e) pactaron el reconocimiento a la actora de la facultad de efectuar descuentos:

"Abonar a la entidad arrendadora el importe de los carburantes, bienes y demás productos suministrados, en las condiciones que en cada caso se estipulen por las partes y con los descuentos habituales en el tráfico comercial, permitidos por la legislación vigente, en cada momento".

La contestación a la demanda reseña las inversiones efectuadas además del Addendum de 30.12.1996 para la realización de obras de acondicionamiento y mejora de la ES.

Las inversiones realizadas por REPSOL en la ES han alcanzado la cantidad total de 1.952.764,01 €.

Destaca REPSOL CPP que se trata de dos relaciones contractuales distintas y diferenciadas (Compraventa de las fincas y ES, de un lado, y arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento, de otro). Añade que la declaración de nulidad que la actora pretende en su demanda se sustenta tan solo en una infracción supuestamente cometida en el ámbito de la segunda de tales relaciones contractuales; por consiguiente, a efectos dialécticos, la consecuencia de esa supuesta infracción en modo alguno podría alcanzar más allá de tal relación. La existencia de una relación compleja se ha apreciado en supuestos distintos, en los cuales el operador petrolífero no es titular de un derecho de propiedad sobre los terrenos e instalaciones construidas sobre ellos.

No puede concluirse que, frente a una eventual declaración de nulidad del contrato de arrendamiento, dicha declaración pueda extender sus efectos a la Escritura de compraventa de los terrenos y de E.S., celebrados y perfeccionados además de inscritos en el Registro de la Propiedad, hace 34 años.

Se rechaza en la contestación a la demanda que la demandante ostente la condición de empresario independiente, atendiendo a los riesgos asumidos.

Rechaza igualmente la fijación de precios, el contrato objeto de autos no ha sido examinado por la Resolución TDC 11-07-2001, tal y como cabe constatar del examen de la relación de contratos relacionado en el cuadro en ella insertado y otro tanto cabe decir respecto a la Resolución CNC 30-07-2009, que se refiere a una infracción en materia de red, no en relación con la relación contractual de la que se pretende que derivan los daños.

La actora nunca había cuestionado la validez y conformidad a Derecho de las relaciones contractuales antes del Burofax remitido el 08-10-2019.

Se refiere la contestación a la demanda a la posibilidad de efectuar descuentos.

La actora siempre ha tenido expresamente reconocida la facultad de efectuar descuentos.

Durante los 34 años que han transcurrido desde el inicio de las relaciones contractuales, jamás la actora ha manifestado ni denunciado que no pudiera hacer uso de la facultad contractualmente reconocida de poder efectuar descuentos.

La actora ha venido utilizando las herramientas de fidelización que conducen a practicar descuentos sobre los precios máximos.

La actora ha suscrito cartas reconociendo los descuentos en su comisión.

Añade, con remisión a su informe pericial que, además, los importes de las comisiones pactados con REPSOL son suficientes para poder realizar dichos descuentos si a su derecho conviene.

Las comisiones que la parte actora ha recibido nunca le han sido impuestas, sino que han sido ofrecidas y pactadas de mutuo acuerdo para cada año y suscritas libre y voluntariamente. Se remite a los anexos de comisiones firmados por las partes.

La retribución al gestor de una estación de servicio con una comisión más incentivos de 6,22 céntimos de euro en 2019, no era nimia ni insignificante o insuficiente a los fines de que el gestor de la E.S. pudiera efectuar descuentos significativos, con cargo a su comisión, representando el 26,8% del precio de venta al público antes de impuestos después del pago del producto a su cotización internacional.

Se aporta un Acta que acredita que las Estaciones de Servicio comisionistas pertenecientes a la red abanderada de REPSOL disponen incluso de la posibilidad de "obtener justificantes" documentados en la propia



factura del producto o, (sin perjuicio de que puedan hacerlo mediante cualquier otro medio documental) de los descuentos practicados, para los fines que resulten procedentes, de acuerdo a la legislación aplicable.

Rechaza igualmente la cuantificación de la indemnización. A la hora de efectuar una comparación entre la relación enjuiciada y una hipotética relación distinta, a los efectos de efectuar su liquidación, deben de considerarse el conjunto de prestaciones directas e indirectas que la parte actora recibió de nuestra mandante, fruto de esa relación, y que obviamente no habría recibido de haberse desarrollado de otra forma.

Se rechazan las bases de dicha cuantificación.

El informe pericial de la actora toma como base para efectuar su comparación, los precios informados por ESERGUI y KUWAIT PETROLEUM en otros procedimientos y no para todos los años. Estos dos operadores petrolíferos, durante el periodo de cálculo considerado, no han llegado a superar el 3% de la cuota de mercado español.

En el informe se mezclan EE.SS. completamente distintas en su gestión y por ello, la forma de retribución del gasolinero.

Por otro lado, a la hora de determinar esas diferencias de precios, el informe pericial no tiene en cuenta que las diferencias de precios de transferencia tendrían que minorarse con el importe de los descuentos totales que, sobre los PVPs máximos fijados, ha asumido REPSOL (distintos de los asumidos y realizados por la actora con cargo a su comisión).

En el informe no se tienen en cuenta todos los incentivos que recibió la actora.

La reconvencción se formula de modo eventual, solo para el caso que se dicte una sentencia que declare la nulidad del Contrato de arrendamiento de industria y Exclusiva de Venta de 09.01.1987, solicitando que se declare la obligación de la actora de restituir a REPSOL CPP la posesión de la ES. La devolución de la ES sería una consecuencia absolutamente inexorable de una eventual declaración de nulidad de dicho contrato.

La contestación a la reconvencción se convirtió en una réplica de la contestación a la demanda. Respecto a la concreta pretensión reconvenccional se sostiene que no es posible que se dicte una sentencia con dicho pronunciamiento, por la sencilla razón que no ha sido peticionada tal nulidad, y de hacerlo se incurriría en un supuesto de incongruencia.

TERCERO. La sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil desestimó la demanda.

Señala la sentencia que todos los contratos- contrato de compraventa de terrenos y contrato de arrendamiento de estación de servicio y exclusiva de venta- fueron suscritos en conexión y alcanzan sentido conjunto.

A continuación, distingue la sentencia entre la condición de la demandante como empresario independiente y la fijación de precios, de modo que, aun cuando pueda considerarse que se trata de un empresario independiente, en atención principalmente a las inversiones y riesgo asumido en el ejercicio de su actividad, que es lo que se deriva de la documental, así como de la propia gestión y ampliación del negocio, no determina necesariamente que exista una fijación de precios, lo que deberá analizarse debidamente.

Se refiere la sentencia previamente a la prescripción invocada. Señala que la propia parte demandante identifica que no se ha ejercitado una acción follow on, de reclamación de daños y perjuicios; sino que nos encontramos ante el ejercicio de una acción de nulidad derivada de posibles prácticas anticompetitivas, lo que determina que no esté sometida al plazo de prescripción referido por la demandada. Concluye que las referencias a la responsabilidad extracontractual o contrato de agencia no son aplicables respecto del enjuiciamiento del ejercicio de la acción que se ha ejercitado, que no es ni la prevista en el art. 1902CC y en el contrato de agencia.

Rechaza la existencia de abuso de derecho por cuanto, se ha ejercitado una acción de nulidad vinculada a una supuesta infracción competitiva que vendría determinada por la fijación directa e indirecta de precios, lo que afectaría al mercado y a terceros; por lo que es procedente su ejercicio.

En relación a la fijación de precios señala que la fundamentación de la demanda para defender la fijación directa de precios se apoya exclusivamente en el contenido de las diversas resoluciones administrativas y posteriormente judiciales, al estimar que el contrato suscrito entre las partes se encontraría afectado en los términos dispuestos en las mismas. Ningún fundamento ni prueba adicional se aporta. Se remite a la jurisprudencia aplicable destacando 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 relativos al comportamiento, en su consideración global, del operador petrolífero.



El antiguo TDC en Resolución de 11 de julio de 2001, que es en la que se basa la demandante - Expediente 490/00- se aplicó un concepto de fijación de precios que no se corresponde con el aplicado por la doctrina del TJUE y nuestro TS, que ha respaldado el establecimiento de un precio máximo o recomendado, es una conducta admisible y acorde al derecho de competencia. Esta es la conducta que mantuvo Repsol, pues actúa como comitente, pero no el establecimiento de un precio mínimo, que es la conducta que debería sancionarse.

La fijación indirecta de precios exige que la demandante verifique que no tenía posibilidad real de efectuar descuentos. Las partes no discuten esta posibilidad por cuanto se admite que mediante la tarjeta Solred podían efectuarse; sino que es controvertida la posibilidad real de efectuar descuentos por la propia demandante y si estos son significativos.

Ambas partes han aportado sus respectivos informes periciales.

Según el informe pericial de la demandante la ES no tendría suficiente margen para asumir la diferencia de precios por litro y poder competir; y ello porque para que fuera posible realizar descuentos, el volumen de litros vendidos tendría que ser muy elevado.

Dicho informe determina que el ingreso por litro de la ES es de 6,598 céntimos por litro en 2018 y de 6,656 céntimos por litro en 2019. Así como que el descuento compartido con el operador ascendería entre 0,3 y 0,4 céntimos litro.

Como razona el perito de la demandada, se rechazan tales conclusiones por cuanto el cálculo realizado es sobre el beneficio neto. Se toma como base de los cálculos la base imponible de las facturas, que determinan que el precio ya estaría descontado. El descuento que se deriva del programa Solred es voluntario; la propia parte demandante reconoció que no todas las estaciones de servicio - aunque si la mayoría- se adhieren al mismo, así como que el volumen en su aplicación es minoritario. Por tanto, si su aplicación es minoritaria respecto de un porcentaje elevado del volumen de litros vendidos, no es posible que se defienda que "los descuentos compartidos minoran las comisiones e incentivos calculadas anteriormente, ya que se realizan a cuenta de la comisión percibida por la ES".

En el informe se identifican diversos costes como gastos directos del negocio de oil y gastos indirectos, que afectarían tanto al negocio de oil como *non oil*.

Sin perjuicio de que pueda ser discutible que parte o porcentaje se atribuye al negocio de *oil*, -por ejemplo, el mantenimiento de la estación- lo cierto es que algunos de ellos están ligados a la propia gestión y explotación de la estación, que corresponde a la demandante y que no es atribuible a la demandada. Dependerá de su gestión - en parte- los gastos en que incurra y su cuantificación mayor o menor; por lo que necesariamente influye la actuación de la demandante en la posibilidad de hacer mayores o menores descuentos, si con una óptima gestión obtiene una reducción de sus costes.

Según el informe de la parte actora, la comparativa entre las estaciones de servicio del área de influencia llevan a la conclusión de que para poder competir con las restantes más económicas se debería alcanzar un descuento en torno a 10 a 12 céntimos por litro.

Las diferencias de precio se producen esencial y principalmente con la gasolinera - Eroski-, no con BP, pues las diferencias son mínimas - en el año 2017, de 0,017, en 2018 de 0,034 euros y en 2019, de 0,005 euros-. Las diferencias notables se encuentran respecto de los precios de Eroski. Y tal y como se reconoció por los peritos en juicio, el modelo de negocio de tales estaciones de servicio "low cost" es absolutamente diferente.

Los precios son tan similares que un pequeño descuento si es relevante para diferenciarse de las estaciones de servicio de la competencia.

En relación al concepto de descuento significativo señala la sentencia que del informe pericial de la demandada se deriva que gran parte del precio abonado viene determinado por el coste de la materia prima e impuestos - lo cual es un hecho popularmente conocido-; en concreto en el informe se explica que el margen bruto de distribución oscila entre 12 y 18 céntimos por litro; así lo demuestra el exhaustivo análisis de las páginas 28 a 30 del informe de la demandada. La demandante no conecta sus conclusiones con el margen de ganancia; si bien manifiesta que el margen bruto de los años 2017 a 2019 sería de 7 céntimos, no es sostenible que pueda defenderse que un descuento significativo sea de dicha magnitud, por cuanto el coste del producto e impuesto es soportado en términos semejantes por todas las estaciones de servicio. Un descuento de 5 céntimos sobre el margen bruto expuesto, es excesivo y no es sostenible, por lo que no pueden aceptarse tampoco las conclusiones del informe pericial en este sentido.

Asimismo, las conclusiones relativas al margen de ganancia, tras efectuar los descuentos tampoco se corresponden con los ingresos obtenidos en los distintos ejercicios. En el apartado 5.1.4. del informe, a efectos de valorar la posibilidad de asumir descuentos, se vuelve a tener en consideración el descuento de la tarjeta



Solred; sin embargo, el descuento soportado por el uso de la misma, es minoritario, como se ha expuesto, por lo que no es aceptable que se tenga en consideración para reducir el margen de realizar descuentos.

En el informe de la actora se reconoce que Autoservicio Bilbao ha realizado descuentos a través de la tarjeta Solred, que "se realizan a cuenta de la Comisión Percibida por la E.S." y "suponen una minoría del precio de venta del carburante al consumidor final". El informe de la parte demandada - página 39-, tras el análisis correspondiente, determina que "esta evidencia indica que entre los años 2009 y 2017 alrededor de un 21% del total de litros vendidos por Autoservicio Bilbao estaba sujeto a descuentos. Estos descuentos eran de entre 1,1 y 6,2 céntimos de euro por litro vendido y, de estos, entre un 27% y un 71% fueron aportados por Autoservicio Bilbao (dependiendo del año)."

Añade la sentencia que el informe pericial de la demanda demuestra que el flujo de caja obtenido en los distintos ejercicios es suficiente para asumir el coste de los descuentos. Este analiza y concluye que el nivel de comisiones percibido por la demandante es suficiente para alcanzar un flujo de caja positivo para el negocio de venta de carburante y capacidad para aplicar sus descuentos a sus clientes. El informe realiza por un lado análisis comparativo de la rentabilidad de las estaciones en Vizcaya. En segundo lugar, se analizan las comisiones ofrecidas a la demandante.

Concluye la sentencia compartiendo los argumentos del informe de la demandada que considera que "El que una E.S. decida no realizar descuentos, porque la elasticidad de la demanda sea pequeña o porque no tenga competidores cercanos, no implica que un contrato de distribución de carburantes, en el que el operador mayorista fije el precio máximo, suponga una imposición del precio de venta al público. En esos casos, la E.S. toma esta decisión porque es la que le interesa y entiende que así puede maximizar sus beneficios, pero ello no implica que no tenga la capacidad de hacerlo."

La parte demandante solicitó aclaración o complemento de la sentencia por entender que no se había dado respuesta a la pretensión subsidiaria contemplada en el apartado C) del suplico de la demanda.

Mediante Auto de fecha 6 de julio de 2022 se acordó no haber lugar a aclaración o complemento. Señala que, en el presente caso, los fundamentos de la Sentencia son claros respecto del objeto del contrato y la relación de este con las resoluciones administrativas dictadas; especialmente en atención al ejercicio de la acción de nulidad, no una acción consecutiva, debe la parte demandante verificar la restricción anticompetitiva, sin que ello se derive de las resoluciones administrativas, como explica la Sentencia: por lo que no ha lugar a determinar que el contrato se encuentre vinculado por la resolución administrativa a los efectos de acreditar la infracción - que sería propio en su caso del ejercicio de una acción aislada o *stand alone*-.

CUARTO. Recurso de apelación interpuesto por AUTOSERVICIO BILBAO, S.L.

El primer motivo del recurso se refiere a la desestimación de la acción de nulidad por fijación directa del precio de venta al público.

Se sustenta el recurso en la vinculación de los hechos constatados en la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 11.07.2001. Repsol incurrió en la práctica prohibida de fijación directa del precio de venta al público.

La fijación directa del pvp, como práctica restrictiva de la competencia, se mantuvo, al menos, hasta que la propia REPSOL COMERCIAL decidió modificar unilateralmente estos contratos de comisión, entre ellos el de fecha 9.01.1987 que le vincula con AUTOSERVICIO BILBAO, S.A, para dar cumplimiento a la intimación que le realizó el TDC en su resolución de 11 de julio de 2001 y, al mismo tiempo, adecuarse a las exigencias que marcaba el nuevo Reglamento CE 2790/99 de exención por categorías. En tal sentido, REPSOL remitió a toda su red de Estaciones de servicio "comisionista", entre ellas a Autoservicio Bilbao, la carta de 7.11.2001.

Fue la propia REPSOL COMERCIAL la que reconoció que fijaba el precio de venta al público de las Estaciones de servicio de su red que actuaban bajo el régimen de comisión.

Se remite el recurso a la vinculación a los hechos considerados probados en anteriores resoluciones judiciales.

Añade el recurso que el concepto de fijación directa del precio de venta al público recogido en la Resolución del TDC es conforme a la doctrina del TJUE y TS, en cuanto a que la fijación directa del pvp no estaba amparada por el Reglamento CE 1984/83, en vulneración del artículo 81.1 TCE.

Vamos a referirnos al motivo del recurso en relación a las alegaciones al respecto efectuadas en la demanda.

La demanda hacía mención a la Resolución del TDC de 10.07.2001 en los siguientes términos (p.18):

En los años 2001 y 2005, el entonces Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) resolvió dos (2) expedientes sancionadores -Resoluciones de 30.05.2001 (Expte. 493/00 CEPSA) y de 11.07.2001 (Expte. 490/00 REPSOL)-



y una autorización -Resolución de 30.03.2005 (Expte. A-325/02 BP)-, en los que se declaró que REPSOL CPP, CEPSA y BP OIL habían incurrido en prácticas contrarias al artículo 1 de la LDC, consistentes en imponer, en los contratos de distribución minorista de carburantes, un PVP del combustible -determinación DIRECTA del precio- cuando tales contratos no eran contratos de agencia puros o genuinos, ya que los titulares de las Estaciones de servicio asumían riesgos significativos vinculados a la venta de combustibles a terceros (riesgos financieros y riesgos por deterioro o pérdida del producto).

Respecto al contrato objeto de las actuaciones añadía (p. 20):

El Contrato de 09.01.1987 suscrito con AUTOSERVICIO BILBAO es idéntico a los contratos analizados y sancionados en la Resolución TDC de 11.07.2001, encontrándose el contrato objeto del presente procedimiento afecto por la práctica sancionada en la Resolución del TDC de 11.07.2001.

Y en relación a la posición de REPSOL señalaba (p.21):

Efectivamente, REPSOL CPP reconoció abiertamente que fijaba el PVP a los titulares de las Estaciones de servicio de su red denominados "comisionistas" sin limitación, pues entendía que en relación con este concreto régimen económico estaba facultada para ello. No manifestó que limitaba la fijación del PVP a los concretos contratos de comisión analizados en el Expediente.

También se mencionó la carta de 7 de noviembre de 2001 (p.23):

En fecha 07.11.2001, REPSOL CPP remitió a los "supuestos" comisionistas de su red, entre ellos AUTOSERVICIO BILBAO, una carta modelo declarando como fin último del envío el cumplir el Reglamento (CE) nº. 2790/99 y las intimaciones de la Resolución TDC de 11.07.2001.

Mediante Resolución de Ejecución de Sentencia del TDC de 17.07.2010, se dio por cumplida la referida Resolución TDC de 11.07.2001 pero, precisando que: "De la misma manera, teniendo en cuenta que el Servicio nos indica que está llevando a cabo una información reservada para comprobar si las reformas llevadas a cabo por Repsol sobre sus vínculos contractuales con sus distribuidores han producido en la práctica los efectos deseados en orden a la no imposición de precios de venta al público en todos sus contratos de suministro de carburantes, lo anteriormente expuesto no es obstáculo para que pudiera darse lugar a la apertura de un nuevo expediente si de dicha investigación pudieran apreciarse comportamientos anticompetitivos."

Es preciso señalar que la "fijación de precios" es un concepto jurídico - interpretado por el TJUE - que debe sustentarse en determinados hechos. El hecho en el que se sustenta la demanda es la imposibilidad de efectuar descuentos, bien directamente, o indirectamente atendiendo al estrecho margen de que dispone el titular de la explotación de la ES, y así se manifiesta claramente en su exposición fáctica.

De no precisar estas cuestiones acabaríamos por convertir las alegaciones y el pronunciamiento en un *totum revolutum*.

Sentado lo anterior, debemos efectuar las siguientes consideraciones que conducen a la desestimación del motivo:

(i) La STJUE dictada en fecha 20 de abril de 2023, en el asunto C-25/21 no establece que resulten "vinculantes" las Resoluciones de la autoridad nacional de competencia anteriores a la trasposición de la Directiva de daños dio lugar a la modificación del artículo 75 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que por medio del RDL 9/2017, de 26 de mayo. Nos detendremos detalladamente en esta cuestión más adelante.

(ii) Las sentencias dictadas por el TJUE - y en este aspecto resulta fundamental la STJUE de 2 de abril de 2009 (as. C-260/07) - son obligatorias y tienen, como regla, eficacia *ex tunc* desde su pronunciamiento (STJUE de 7 de julio de 2011, C-263/10).

El tribunal nacional debe atender, a la hora de evaluar la nulidad de contratos interesada en virtud de una supuesta fijación de precios, el criterio finalmente establecido por el Tribunal de Justicia, aunque se refiera a Resoluciones de la autoridad nacional anteriores a la fecha de la sentencia. En definitiva, debe admitirse que los tribunales han tomar en consideración los hechos declarados probados en resoluciones firmes dictadas por tribunales de una jurisdicción distinta (en este caso las sentencias firmes que revisaron la resolución administrativa), de modo que sólo pueden separarse de tales hechos exponiendo las razones y fundamentos que justifiquen tal divergencia. Pero ello no impide que en cada jurisdicción haya de producirse un enjuiciamiento y una calificación en el plano jurídico de forma independiente y con resultados distintos si ello resulta de la aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

En este contexto, el tribunal civil puede valorar, a los efectos de declarar una pretendida nulidad de los contratos suscritos, los hechos a los que se refiere la resolución firme de la autoridad nacional, y extraer



las consecuencias oportunas en el orden civil siempre en función del criterio establecido por el Tribunal de Justicia.

Es necesario además que se acredite el hecho del que se hace depender la pretendida fijación de precios.

Desde esta perspectiva, la STS de 20 de noviembre de 2012, con amplia cita jurisprudencial, señala como doctrina consolidada 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 relativos al comportamiento, en su consideración global, del operador petrolífero. Las actuaciones administrativas de la CNC, incluso ratificadas después por los tribunales de lo contencioso-administrativo, no tienen por qué conllevar la automática nulidad civil de absolutamente todos los contratos de abanderamiento en exclusiva celebrados por las operadoras petrolíferas sometidos a aquéllas. De lo contrario, se llegaría al absurdo de considerar que las resoluciones administrativas (tales como la Resolución del TDC de 11 de julio de 2001 o la posterior de la CNC de 30 de julio de 2009) pudieran dar lugar, como consecuencia ineludible, a la nulidad de miles de contratos de suministro suscritos por las distintas operadoras petrolíferas, prescindiendo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de las concretas relaciones que de los mismos contratos derivan, del alcance de las Resoluciones y de la prueba practicada.

Y la STS 789/2012 de 4 de enero destaca que la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera sobre la cuestión puede resumirse en que, 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.

(iii) La imposibilidad de realizar descuentos debe partir de una correcta definición del concepto de fijación de precios.

El antiguo TDC, en su Resolución de 11 de julio de 2001 (expediente 490/00), aplicó un concepto de fijación de precios y de examen del contrato de agencia que ni tan siquiera se corresponde con el que se ha establecido luego por la jurisprudencia del TJUE y de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, que han respaldado el señalamiento del precio máximo o recomendado como una conducta acorde al Derecho de la competencia. Dicho órgano administrativo partía en su entendimiento del problema de que la fijación de precios por parte de la petrolera venía a ser incompatible con el Derecho de la Competencia, habiendo tenido que ser luego los tribunales los que han precisado, al examinar las acciones de nulidad de los contratos de distribución, que el hecho de fijar precios máximos o recomendados no resulta incompatible con la normativa protectora de la libre competencia. La fijación por el proveedor de un precio máximo o recomendado de venta al público, que no la imposición de uno mínimo, no implica infracción de tal normativa (STJUE de 2 de abril de 2009).

En efecto, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de abril de 2009 (as. C-260/07) aclaró definitivamente que en una relación jurídica como la aquí controvertida lo prohibido no es cualquier determinación del precio de venta al público por el proveedor, sino la fijación o imposición de un precio mínimo, siendo lícitas, no solo según disposición expresa del artículo 4.a) del Reglamento (CE) nº 2790/99, sino también por una interpretación del Reglamento (CEE) nº 1984/83, la imposición de un precio de venta máximo o la recomendación de un precio de venta siempre que el revendedor tenga una posibilidad real de determinar el precio de venta al público, lógicamente inferior al máximo impuesto.

Lo que se prohíbe no es que el principal fije el precio de venta al público, que es lo propio de este tipo de contratos, ya que le corresponde la determinación de condiciones de venta e incluso tiene la obligación de facilitar al agente las tarifas necesarias para el ejercicio de su actividad (art. 10.2.a de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, por la que se incorpora al Derecho español la Directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los Estados miembros en relación a los agentes comerciales independientes), considerando además que no existe venta al agente para revender al público y que se actúa por cuenta del principal, percibiendo una comisión como retribución. La prohibición consiste en la imposición de respetar ese precio establecido por el suministrador.

La Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2000 por la que se establecían las Directrices relativas a las restricciones verticales examina las restricciones especialmente graves contempladas en el Reglamento de Exención por Categorías (CE) nº 2790/1999 de la Comisión en los apartados 46 y ss. y recoge este mismo criterio en el apartado 48 - actual apartado 49 de las Directrices de 2010 referidas al Reglamento 330/2010 -, que dice lo siguiente:

En el caso de los acuerdos de agencia, el principal suele fijar los precios de venta, ya que el agente no se convierte en propietario de los bienes. Con todo, si un acuerdo de agencia entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 (véase apartados 12 a 20), toda cláusula por la que se impida al agente repartir su comisión, ya sea fija o variable, con el cliente, o se le impongan restricciones al respecto, constituiría una restricción especialmente grave con arreglo a la letra a) del artículo 4 del Reglamento de Exención por



Categorías. Por tanto, se debería dar plena libertad al agente para reducir el precio efectivo pagado por el cliente sin disminuir los ingresos del principal.

Cita la Comunicación al respecto la Decisión 91/562/CEE de la Comisión en el asunto IV/32.737- Eirpage.

Como podemos advertir, la propia Comunicación parte de que en los acuerdos de agencia es el principal el que fija el precio de venta. Lo que se prohíbe es que ese precio de venta no se pueda modificar impidiendo al agente repartir su comisión con el cliente.

(iv) La evaluación de si se incurrió en una conducta prohibida no puede efectuarse a partir de la defensa que efectuó la entidad petrolera en el seno de expedientes administrativos (que se refieren además a actuaciones pretéritas, no coetáneas con la época de interposición de la demanda, sino bastante anteriores a ella) de que hubiese estado realizando una fijación de precios, ya que, en principio, ello resultaba inherente al régimen de comisión sobre el que se articulaba la relación contractual.

(v) En fecha 7 de noviembre de 2001 REPSOL remite una carta en la que reitera ("tal y como ya teníamos establecido en nuestra relación comercial efectiva") que como agente comisionista gozaba de plena libertad para repartir su comisión con los clientes.

En cualquier caso, es evidente que muchos años antes de la interposición de la demanda ya se permitía efectuar descuentos con cargo a la comisión.

Y tampoco se efectuó manifestación alguna por parte de la demandante sobre la imposibilidad, previa o posterior a la carta, de efectuar descuentos, silencio que debe ser convenientemente valorado en la relación contractual. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1994, entre otras: "Cierto que conocimiento y consentimiento no son equiparables; cierto que, normalmente, el silencio no puede valer como declaración de voluntad; pero no lo es menos que tiene la asignación jurídica de asentimiento o conformidad cuando el que calla tenga la obligación de contestar o cuando será normal que se manifieste el disentimiento si no se quiere aprobar el hecho de que se tiene conocimiento, presentándose la contestación como comportamiento justo y honrado, en la misma medida que el silencio como contrario a la buena fe y lealtad negocial que puede ser estimado en sentido positivo en unión del conjunto probatorio obrante en los autos".

Como señala la STS de 28 de junio de 2013, "no es razonable que Copecelt, en virtud de un contrato celebrado en 1990, no interpusiera su demanda hasta 2009, varios años después de que Cepsa la hubiera autorizado expresamente a hacer descuentos sobre el precio de venta al público (...)".

(vi) Debemos añadir que el contrato permite efectuar descuentos y los descuentos se realizaron efectivamente.

QUINTO. Es necesario extenderse sobre la trascendencia que pueda tener la STJUE dictada en fecha 20 de abril de 2023, en el asunto C-25/21, tanto en lo que se refiere a la acción de nulidad como en lo que respecta a las acciones *follow on*.

1. Las resoluciones de la CNC anteriores a la trasposición de la Directiva de daños carecen de efecto vinculante. La STJUE 20 de abril de 2023, C-25/21, "Repsol", no establece que dichas resoluciones de la autoridad nacional resulten vinculantes.

Como señaló la STS de 28 de junio de 2013, "las resoluciones sancionadoras del antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia y del actual Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia no vinculan al juez civil produciendo efectos de cosa juzgada en el proceso civil e impidiendo la valoración de la prueba acerca de la imposición del precio de venta al público (STS 8-5-13 en rec. 2003/10)".

Las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia no producían efecto vinculante. Lo que se propuso es la ampliación del efecto vinculante de las decisiones de la Comisión a las resoluciones de las autoridades nacionales, siempre que, naturalmente, se cumplan los requisitos para dar lugar a la responsabilidad civil. Esto no implica que de pronunciamientos más o menos relacionados con la cuestión controvertida en un determinado procedimiento se concluya en la nulidad de los contratos o se imponga una indemnización sin más.

La Comisión mostró siempre su interés por conocer los obstáculos a los que se enfrentaban las acciones de responsabilidad civil - distintas de las acciones de nulidad de contratos - por ilícitos concurrenciales. A partir de estos precedentes se elaboró el Libro Verde sobre "Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia", publicado el 19 de diciembre de 2005.

Posteriormente la Comisión publicó el día 2 de abril de 2008 el Libro Blanco sobre "Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia". Este documento se acompañaba de dos anexos: (i) el Commission Staff Working Paper (CSWP), SEC (2008) 404 y (ii) el



Commission Staff Working Document Accompanying document to the white paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules (Impact Assessment), SEC (2008) 405.

Sobre las acciones de responsabilidad civil derivadas o follow on, el Libro Blanco (punto 2.3) y el CSWP (punto 85) destacaron que siempre que la Comisión detecte una infracción de los artículos 81 y 82 TCE (actualmente 101 y 102 TFUE) las víctimas de la infracción podrán basarse en dicha decisión como prueba vinculante en las demandas civiles de daños y perjuicios. Cuando se trata de una decisión de la Comisión, la misma tiene un efecto vinculante respecto a la constancia de la infracción (conocida como regla de supremacía) según el art. 16 Rgto. 1/2003, según la Comunicación de la Comisión relativa a la Cooperación entre la Comisión y los Órganos Jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE, punto 13, y conforme a la STJCE de 13 de abril de 1994, as. C-128/1992, "Banks", aps. 22-23, aunque, no obstante, se precisa que por el demandante se acredite el daño y la relación de causalidad.

Hay que destacar que las decisiones adoptadas por las autoridades nacionales, en el caso de España, no tenían efecto vinculante, pues no existía una previsión semejante al artículo 16 Rgto. 1/2003. En el Reino Unido, en el contexto de las acciones de responsabilidad civil, se había reconocido el efecto vinculante de las decisiones de la autoridad nacional de competencia (la "Office of Fair Trading" o el regulador sectorial) en la sección 58 A de la Competition Act (Whish, R. y Bailey, D., *Competition Law*, pg. 313). En Alemania también se reconocía este mismo efecto en relación a las acciones de responsabilidad civil y únicamente en cuanto a la concurrencia de infracción (sección 33.4 GWB).

Es necesario que la infracción a la que se refiere la acción de responsabilidad civil como presupuesto de la reclamación sea la misma que la examinada en el procedimiento administrativo previo (CSWP, punto 154).

En la doctrina se señaló que, en las acciones por daños derivadas o follow on, el efecto vinculante de la decisión de la Comisión precisa que se trate de los mismos operadores, y la misma infracción antitrust (con el mismo alcance geográfico, periodo de tiempo, etc., Wils, Wouter P.J. "The relationship between public antitrust enforcement and private actions for damages", *World Competition*, vol. 32, 2009, pg. 20). El presupuesto de la acción de responsabilidad debe partir del mismo asunto que ha resuelto la Comisión.

En este aspecto, la recomendación del Libro Blanco de 2008 es que, en el caso de las acciones de responsabilidad por daños, las decisiones de las autoridades nacionales de competencia también tuvieran efecto vinculante. Debemos reiterar que se trata de la vinculación de decisiones de autoridades administrativas en el ámbito de las acciones de responsabilidad civil derivadas o follow on. Esta vinculación tiene pleno sentido, puesto que el fundamento de la responsabilidad civil por daños es directamente la infracción, de manera que se evita que de nuevo vuelva a tener que constatarse la misma ante los tribunales, sin perjuicio de que naturalmente deban acreditarse los requisitos para la prosperabilidad de dicha acción, como la concurrencia de daño y la relación causal con la infracción.

Finalmente, según el considerando 34 de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, la constatación de una infracción de los artículos 101 o 102 del TFUE recogida en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente no debe volver a ser objeto de litigio en posteriores acciones por daños (artículo 9.1).

La trasposición de la Directiva de daños dio lugar a la modificación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que tuvo lugar por medio del RDL 9/2017, de 26 de mayo. Por ello, el nuevo artículo 75, establece, en su primer apartado lo siguiente:

La constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad de la competencia española o de un órgano jurisdiccional español se considerará irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional español.

La Disposición transitoria primera del mencionado RDL 9/2017 establecía el régimen transitorio en materia de acciones de daños resultantes de infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea y dispuso que las previsiones recogidas en el artículo tercero del Real Decreto-ley no se aplicarán con efecto retroactivo.

Debemos añadir que la Directiva de daños no resulta aplicable por razones temporales y que, como destaca, entre otras, la STJUE de 4 julio 2006, "Konstantinos Adeneler", as. C-212/04 (110) la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido de una directiva cuando interpreta y aplica las normas pertinentes de su Derecho nacional tiene sus límites en los principios generales del Derecho, en particular en los de seguridad jurídica e irretroactividad, y tampoco puede servir de base para una interpretación contra legem del Derecho nacional.



También debemos recordar que, como hemos señalado, las sentencias dictadas por el TJUE son obligatorias y tienen, como regla, eficacia *ex tunc* desde su pronunciamiento (STJUE de 7 de julio de 2011, C-263/10). De este modo, la jurisprudencia sobre el concepto de fijación de precios establecida en la STJUE de 2 de abril de 2009 (as. C-260/07) no puede ser ignorada, aunque afecte a resoluciones de la autoridad nacional anteriores a la fecha de dicha sentencia.

2. El alcance de la STJUE 20 de abril de 2023, C-25/21, "Repsol"

En cuanto a la cuestión de si el art. 101 TFUE , con el principio de efectividad, impone que, apreciada de modo firme por las autoridades nacionales de la competencia una infracción concreta, ello implicaría que en un acción privada posterior, ya se pretenda en ella un resarcimiento de daños y perjuicios (*follow on*), ya la declaración de nulidad de acuerdos o contratos, su fijación para los órganos de la jurisdicción civil, concluye el TJUE que aquella infracción apreciada en modo firme supondrá que, dentro de este litigio privado, será la parte demandada, la sancionada gubernativamente, la que tenga la carga de probar que concurren causas por las que no es aplicable al caso, siempre y cuando coincidan el "alcance material, personal, temporal y territorial" de ese litigio civil con la infracción apreciada.

Es en este último aspecto en el que hemos incidido en anteriores ocasiones.

Justamente en dicho sentido es expresivo el ap. (54) de la citada STJUE de 20 de abril de 2023, al señalar que "*Así pues, cualquier persona puede invocar ante los tribunales la infracción del artículo 101 TFUE , apartado 1, y, por ende, hacer valer la nulidad de un acuerdo o de una decisión prohibidos por dicha disposición, nulidad prevista en el artículo 101 TFUE , apartado 2, y solicitar la reparación del perjuicio sufrido cuando exista una relación de causalidad entre ese perjuicio y el acuerdo o la decisión (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de noviembre de 2021, Stichting Cartel Compensation y Equilib Netherlands, C-819/19, apartado 49 y jurisprudencia citada)*". Tal cual se aprecia, el razonamiento del TJUE parte de entender que existe una identidad material entre el comportamiento sancionado firmemente por las autoridades de la competencia y aquel que sostiene la acción civil en el litigio privado, ya sea su pretensión indemnizatoria, ya declarativa de nulidad.

Pero es que, además, nunca se ha mantenido que una Resolución dictada por la Autoridad Nacional que hubiera alcanzado firmeza en virtud de las sentencias dictadas en la jurisdicción contencioso-administrativa careciera de efecto alguno. Y así lo había establecido incluso el Tribunal Supremo.

Conforme a lo declarado por las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2012, de 19 de septiembre de 2013 y 7 de noviembre de 2013, la circunstancia de que los hechos enjuiciados hayan sido objeto de un proceso ante otra jurisdicción no impide a los órganos del orden jurisdiccional civil examinarlos bajo el prisma del ordenamiento civil, teniendo que aceptar las conclusiones obtenidas en aquel proceso en aras del principio de seguridad jurídica.

En definitiva, los tribunales pueden tomar en consideración los hechos declarados probados en resoluciones firmes dictadas por tribunales de una jurisdicción distinta (en este caso las sentencias firmes que revisan la resolución administrativa), de modo que sólo pueden separarse de tales hechos exponiendo las razones y fundamentos que justifiquen tal divergencia.

Admitido lo anterior, cuando se ejercita una acción de nulidad, lo que debe tenerse en cuenta es si la Resolución contempla y examina en el expediente administrativo un determinado acuerdo - la concreta relación contractual objeto de este litigio - y desprende de dicho acuerdo la infracción de las normas de competencia.

Y esto es lo que mantiene precisamente, por esa exigencia de identidad material entre la infracción sancionada y aquella causa fáctica que sostiene la pretensión civil en el litigio privado, la citada STJUE de 20 de abril de 2023 al concluir, en su ap. (62) que: "*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*".

A lo que añade, para mayor claridad de a qué se está refiriendo el TJUE, en el ap. (63) que "*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 ha de 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*".



Y es de necesario destacar, además, en caso de que concurra esa identidad respecto a la naturaleza y alcance material, personal, temporal y territorial de la infracción, que tampoco se establece una presunción iuris et de iure, sino una presunción iuris tantum, que puede resultar desvirtuada por la prueba practicada.

Y solo caben indicios cuando hay coincidencia meramente parcial en relación a los hechos que integran la infracción sancionada por las autoridades de la competencia y los que sirven de base a la reclamación civil. En este caso, la STJUE indicada, ap. (64) señala que " *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*".

Tales indicios a los que se refiere la STJUE de 20 de abril de 2023, ap. 64 y 66, resultan contradichos por el análisis de la prueba practicada. Y ni siquiera podría llegarse al extremo de valoración de indicios y contraindicios, art. 386 LEC, porque en la Resolución de la CNC del año 2009 no se determinan ni los hechos ni el tipo de infracción de la competencia que aquí, en vía civil, se sostiene como generador de la nulidad de los contratos.

3. Las discrepancias sobre el concepto de fijación de precios que establece la Resolución CNC de 30 de julio de 2009.

La Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2000 por la que se establecían las Directrices relativas a las restricciones verticales examina las restricciones especialmente graves contempladas en el Reglamento de Exención por Categorías (CE) nº 2790/1999 de la Comisión en los apartados 46 y ss. y recoge este mismo criterio en el apartado 48 - después apartado 49 de las Directrices de 2010 referidas al Reglamento 330/2010 -, que dice lo siguiente:

En el caso de los acuerdos de agencia, el principal suele fijar los precios de venta, ya que el agente no se convierte en propietario de los bienes. Con todo, si un acuerdo de agencia entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 (véase apartados 12 a 20), toda cláusula por la que se impida al agente repartir su comisión, ya sea fija o variable, con el cliente, o se le impongan restricciones al respecto, constituiría una restricción especialmente grave con arreglo a la letra a) del artículo 4 del Reglamento de Exención por Categorías. Por tanto, se debería dar plena libertad al agente para reducir el precio efectivo pagado por el cliente sin disminuir los ingresos del principal.

Respecto a la interpretación de dicha Comunicación hemos reiterado lo siguiente:

Como resulta patente, este Tribunal no comparte la muy respetable interpretación que efectúa la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en su resolución de fecha 30 de julio de 2009, (...), según la cual, tras reconocer que no resulta sencilla la interpretación del apartado 48 de las Directrices, se inclina por entender que es aplicable a los agentes genuinos, esto es, a los que no asumen ningún riesgo o en proporción insignificante (folios 89 y 90 de la resolución, 7.318 y vuelto de los autos). Tampoco existe el menor indicio de que la interpretación que realiza la CNC sea una especie de interpretación auténtica, esto es, efectuada por la Comisión Europea y expresada por medio de una autoridad nacional (...) por el hecho de que ésta en cumplimiento del artículo 11.3 y 4 del Reglamento 1/2003 haya comunicado a la Comisión la incoación del expediente y una exposición resumida del asunto y el texto de la decisión prevista (lo que no consta que se remitiera) o, en ausencia de ésta, cualquier otro documento en el que se indique la línea de acción propuesta, en tanto que el fundamento de derecho quinto de la resolución de la CNC trata de dar respuesta a las alegaciones de una de las partes sobre la indefensión que le había ocasionado la supuesta falta de conocimiento de las comunicaciones efectuadas por la CNC a la Comisión en cumplimiento del artículo 11 del Reglamento 1/2003, de las que se dudaba, incluso, de su existencia, sin que, por otra parte, se aluda en el mencionado fundamento de derecho al artículo 16 del Reglamento 1/2003, relativo a la aplicación uniforme de la normativa comunitaria de la competencia.

Desde luego, no corresponde a la jurisdicción civil -y es una obviedad- la revisión de las resoluciones administrativas, por lo que sólo debe indicarse aquí que según señala expresamente el apartado 48 de las Directrices, éste se refiere a los acuerdos de agencia que entren en el ámbito de aplicación del artículo 81.1, remitiéndose al efecto a la lectura de los apartados 12 a 20 en los que se distingue entre acuerdos genuinos de agencia, que quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 81.1 en lo que respecta a los contratos negociados o suscritos por cuenta del principal y los acuerdos no genuinos de agencia, por asumir riesgos no insignificantes, sometidos al artículo 81.1. Luego si el apartado 48 se refiere explícitamente a los acuerdos que entran en el ámbito de aplicación del artículo 81.1, necesariamente, se está refiriendo a lo que en los apartados 12 a 20 califica de contratos de agencia no genuinos porque los genuinos quedan al margen del citado precepto porque el suministrador puede imponer al agente el precio de venta.

El criterio expresado por el Tribunal de Justicia sobre la fijación de precios en este tipo de contratos fue asumido por el Tribunal Supremo. Como sostuvo la sentencia 310/2011, de 11 de mayo, "lo prohibido no es



cualquier determinación de precios por el proveedor, sino la imposición de un precio inalterable o la imposición de un precio de venta mínimo".

Y así se ha venido reiterando al amparo precisamente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Debería acreditarse por la actora que se impedía realizar descuentos, hecho que corre de su cargo (STS de 10 de abril de 2012, entre otras). Esta sentencia precisa que: "no es cierto que el mero hecho de fijar precios a un empresario económico independiente infringiera el art. 81 del Tratado CE (hoy art. 101 TFUE).

Muy al contrario, la ya citada STJUE 2-4-2009, matizando lo declarado en la STJUE 11-9-2008, establece que las cláusulas contractuales relativas a los precios de venta al público podían acogerse a la exención tanto del Reglamento nº 1984/83 como del Reglamento nº 2790/99 "si el proveedor se limita a imponer un precio de venta máximo o a recomendar un precio de venta y si, por lo tanto, el revendedor tiene una posibilidad real de determinar el precio de venta al público".

4. La infracción apreciada por la Resolución CNC de 30 de julio de 2009.

En el caso de autos se aprecia una falta de coincidencia entre la infracción sancionada por TDC y CNC, que se invoca, y la alegada infracción del Derecho de la competencia que sostiene esta acción. Así, la acción de nulidad de los contratos y la consiguiente indemnización derivada de la nulidad tienen su fundamento en la contravención de las normas de competencia, como normas imperativas que limitan la autonomía de la voluntad, por las concretas estipulaciones que contienen dichos contratos. De este modo, toda nulidad presupone infracción de normas de competencia, pero no toda infracción de normas de competencia determina la nulidad de los contratos, que es precisamente el objeto de este litigio.

En relación a las acciones de nulidad, la jurisprudencia comunitaria destacó la competencia de los jueces nacionales para conocer de estas pretensiones. Sus efectos (vg. restitutorios, indemnizatorios, liquidatorios, efectos frente a terceros, etc.) y extensión (nulidad parcial, STJCE de 11 de septiembre de 2008, as. C-279/2006, "Cepsa", ap. 79) o las consecuencias de la modificación de las cláusulas contractuales (STJCE de 11 de septiembre de 2008, as. C-279/2006, "Cepsa", ap. 75) debían determinarse en sus aspectos procesales y sustantivos en virtud de la legislación de orden nacional (STJCE de 28 de febrero de 1991, as. C-234/1989, "Delimitis", ap. 48 y STJCE de 30 de abril de 1998, as. C-230/1996, "Cabour", ap. 51). La nulidad ex art. 101.2 TFUE o 1.2 LDC se aplica a los pactos contrarios a las normas de competencia. El fundamento de las acciones de nulidad es la infracción de esas normas imperativas en cuanto establecen límites a la autonomía privada.

La Resolución CNC a la que se pretende otorgar un efecto vinculante no analiza el contrato objeto de las actuaciones ni siquiera la nulidad general de los contratos de distribución. En el supuesto que nos ocupa la infracción apreciada por la CNC resulta del alineamiento de precios entre compañías, es decir, de prácticas concertadas o conscientemente paralelas (" tacit collusion", "conscious parallelism", "tacit coordination" o "coordinated effects"), sin entrar en la polémica sobre este último concepto. Tal práctica podrá dar lugar a una acción de responsabilidad follow on si se cumplen los requisitos para que pueda prosperar, ya que las acciones follow on no comportan automáticamente una indemnización, pero no se deriva que, a su vez, los contratos de distribución (acuerdos con los distribuidores) sean nulos por contener disposiciones que afecten a las normas de competencia, como normas imperativas, que es el fundamento de las acciones de nulidad.

En la Resolución de la CNC del año 2009 no se determinan ni los hechos ni el tipo de infracción de la competencia que aquí, en vía civil, se sostiene como generador de la nulidad de los contratos. Es decir, de una infracción de alineamiento de precios de suministradoras, donde ni siquiera se declaró probado el comportamiento de cada una de ellas respecto de su red propia de distribuidores, lo que fue objeto de aquella resolución de la CNC, no puede seguirse sin más, de modo inmediato, la estimación de la presencia de estipulaciones nulas en contratos de distribución y, aun menos, con cada uno de los concretos y precisos distribuidores, contemplados individualmente, ya que ello no se ajusta, como expresa la citada STJUE de 20 de abril de 2023, ap. (64) a la "naturaleza y su alcance material" , entre aquella infracción sancionada y el comportamiento alegado en este litigio.

Es decir, para aclararlo, nada impediría, como en tantas ocasiones ha ocurrido, que la autoridad de la competencia, ya nacional o ya de la Unión, abriese expediente sancionador y dictase resolución por infracciones de Derecho de la competencia derivada de la utilización de un tipo de cláusulas contractuales por determinado operador jurídico en su red de distribución, y de ello seguirían luego eventuales litigios civiles en que los distribuidores de dicha red pidieran la nulidad de sus contratos precisamente por aquella vulneración del Derecho de la competencia contemplado, lo que guarda sobre la "naturaleza y alcance material" una relación directa con la infracción sancionada en aquella resolución gubernativa. En tal caso, la parte actora podría contar en dicho proceso civil con que la infracción que invoca como causa de nulidad de su contrato está acreditada y, dado que en aquel expediente se habrá analizado la actuación general de la infractora, pero no el contrato singular que dé objeto a ese proceso civil, la parte demandada tendrá la carga de probar



que, en ese preciso supuesto contractual, la cláusula o pacto que integra la infracción de la competencia no se incluyó. Eso es lo que establece la STJUE de 20 de abril de 2023, cuando impone al Juez nacional el análisis de la homogeneidad entre aquella infracción sancionada y lo invocado en el proceso civil, como señala expresamente el ap. (65), al establecer que " **corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si los herederos de KN 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** " (énfasis añadido).

Pero ello no es identificable entre infracciones sancionadas por práctica colusoria en fijación de precios realizada entre operadores situados en el mismo nivel de suministro, y posteriores acciones civiles de pura nulidad contractual de distribuidores situados, además, en distinto nivel de distribución, cuando en aquel expediente gubernativo ni siquiera fue objeto de observación la presencia de estipulaciones contractuales que se invocan ahora como contrarios al Derecho de la competencia. No puede apreciarse la exigida homogeneidad respecto de la naturaleza y alcance material entre el comportamiento sancionado (ni por los hechos ni por su tipología jurídica en las infracciones de la competencia) y la causa de nulidad del contrato invocada aquí.

Y ya manteníamos esto, que se sustenta en los mismos requisitos establecidos en la STJUE de 20 de abril de 2023, en nuestra sentencia de 12 de febrero de 2014, entre otras muchas:

En definitiva, debe admitirse que los tribunales han tomar en consideración los hechos declarados probados en resoluciones firmes dictadas por tribunales de una jurisdicción distinta (en este caso las sentencias firmes que revisaron la resolución administrativa), de modo que sólo pueden separarse de tales hechos exponiendo las razones y fundamentos que justifiquen tal divergencia. Pero ello no impide que en cada jurisdicción haya de producirse un enjuiciamiento y una calificación en el plano jurídico de forma independiente y con resultados distintos si ello resulta de la aplicación de normativas diferentes.

Admitido lo anterior, lo que debe tenerse en cuenta es que la concreta relación contractual objeto de este litigio no fue examinada en el expediente administrativo, y, en consecuencia, difícilmente cabe sostener que en ella se declarase probado que REPSOL impidió a la demandante efectuar descuentos, es la única cuestión que corresponde analizar y resolver en el presente procedimiento y no el conjunto del sector ni las múltiples relaciones que mantiene REPSOL con las estaciones de servicio a ella vinculadas.

Por lo demás, como indicamos en nuestra anterior sentencia de fecha 19 de abril de 2013, no puede trasladarse automáticamente a una concreta relación no analizada en el expediente las conclusiones alcanzadas en la resolución administrativa que le puso fin, por cuanto ignora los diferentes planos en que debe situarse uno y otro expediente, el seguido ante las autoridades de defensa de la competencia y el promovido ante los órganos jurisdiccionales de lo Mercantil y que ha alcanzado la fase de la presente alzada. El que aquí nos ocupa gravita sobre la consideración individualizada de la relación jurídica trabada por las partes, y tiene por objeto determinar si la misma resulta conforme con el Derecho europeo de la competencia; en el otro, de lo que se trataría es de determinar si la actividad empresarial global de un determinado operador se adecúa a las exigencias impuestas por ese mismo Derecho.

La propia Resolución CNC que se cita en absoluto se refería a los contratos suscritos:

En los expedientes en materia de competencia existen frecuentemente interesados que proponen la condena de los imputados. Tal ocurre en el presente expediente en el que se ha reconocido tal condición a la Confederación Española de Estaciones de Servicios (CEEES) pero tales interesados buscan la condena con el objetivo, bien de obtener satisfacción de sus pretensiones bien de conseguir una resolución que posteriormente sirva para fundamentar el ejercicio de acciones de nulidad o de indemnización de daños y perjuicios ante la jurisdicción ordinaria. Pero la razón de ser de la actuación de las autoridades de competencia no tiene por qué amparar tales objetivos porque su finalidad es proteger el interés público vulnerado por las infracciones de competencia, lo cual no siempre coincide con las pretensiones de los interesados. Así ocurre en el presente expediente en el que la Confederación señalada en sus alegaciones pretende que se compela a los OP a sustituir los actuales contratos por otros en los que el precio aparezca referenciado a Platt's e incluso que hasta tanto no se modifique la situación del mercado "no fijen precios máximos o recomendados". Es decir que, en definitiva, se pretende que desaparezca el tope máximo con la finalidad de incrementar su beneficio mediante el incremento de los precios. Y esta no es una pretensión que daba merecer el apoyo de la autoridad de competencia.

La demandante - aquí parte apelante - otorga en realidad un efecto vinculante a las resoluciones del TDC y de la CNC - que no -, y ello prescindiendo del análisis de la concreta relación cuya nulidad se pretende, es decir,



de los hechos acreditados en las actuaciones, como si ya fueran irrelevantes y la autoridad nacional hubiera además analizado la relación en cuestión.

SEXTO. El segundo apartado del recurso se refiere a la fijación indirecta de precios.

El motivo se refiere al segundo aspecto en el que la demanda sustentaba la imposibilidad de efectuar descuentos, es decir, la existencia de un margen insuficiente para su aplicación, remitiéndose a su informe pericial. Añade que la Estación de servicio de servicio solo ha realizado descuentos, dentro del sistema/ programa SOLRED, sin que conste acreditado otro descuento distinto.

El motivo introduce aspectos relacionados con el concepto de fijación de precios al que ya nos hemos referido.

Debemos destacar, además de lo expuesto, que el contrato no impide la aplicación de descuentos y que esta facultad se reitera en la carta que remite REPSOL a los distribuidores en 2001, nada menos que veinte años antes de iniciarse el procedimiento.

Difícilmente puede admitirse que se acredite la conducta en la que se sustenta aquí la fijación de precios, que es la imposibilidad de efectuar descuentos, como fijación directa de precios.

La STS 272/2018, de 10 de mayo, entre otras, se refiere a este supuesto y a la pretendida aplicación de la Resolución del TDC de 11 de julio de 2001:

5.- Bajo este prisma, las alegaciones de la parte recurrente sobre la fijación de precios son inatendibles. En primer lugar, cabe descartar que la sentencia recurrida se aparte de la doctrina establecida en la sentencia del pleno de esta sala 863/2009, de 15 de enero de 2010, porque el contrato litigioso no contiene una cláusula sobre la imposibilidad de realizar descuentos como la analizada en la indicada sentencia. Y en segundo término, porque no cabe la vinculación pretendida por la recurrente a la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 11 de julio de 2001, y las sentencias de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo de 10 y 17 de noviembre de 2010. No consta que el contrato litigioso fuera uno de los examinados en el expediente administrativo que dio lugar a la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, por lo que el mismo no puede servir para mantener que Repsol impuso a la Sra. [...] los precios de venta al público. Y ya dijimos en la sentencia 709/2012, de 30 de noviembre, con cita de otras muchas, 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.

Además, consta probado que no existe impedimento para que la estación de servicio efectúe descuentos con cargo a su comisión y que, de hecho realiza, al menos, los que se denominan descuentos compartidos, siendo descuentos a su cargo a favor de determinados clientes, sin perjuicio de que, además, pueda hacer otros descuentos.

Y lo mismo cabe señalar respecto de la Resolución CNC de 30 de julio de 2009.

En tal sentido, se indica en dicha resolución que *"...En los casos en que el descuento es compartido, el operador le factura al titular de la estación comisionista dicho descuento en el importe que corresponda, con su IVA correspondiente..."*. Los descuentos pueden efectuarse con cargo a la comisión del titular de la estación de servicio o compartido con el operador y en su mayor parte se realizan a través de las tarjetas de fidelización. La mencionada Resolución de la CNC sostiene que los descuentos efectuados a través de tarjetas de fidelización son auténticos descuentos e incluso señala que se negocian con cada cliente. La Resolución señala lo siguiente:

HECHOS ACREDITADOS [...] OCTAVO. *La realización de descuentos.*

En las tres redes de los OP se ha comprobado la posibilidad de que el titular de la EESS. realice descuentos con cargo a la comisión o descuento, tanto en las inspecciones realizadas como en las respuestas recibidas de algunos titulares de EESS. (f 4475). Los descuentos pueden realizarse con cargo exclusivamente a la comisión del titular de la EESS. o compartido con el OP. Estos últimos se practican a través del uso de las tarjetas propias de cada OP. Los titulares que admiten realizar descuentos señalan también que la modalidad habitual es la de descuento compartido con el OP, y se realiza según el siguiente proceso: [...].

Para la captación y fidelización de clientes significativos a través de las tarjetas propias de las operadoras colaboran tanto la E.S. como la entidad que gestiona la tarjeta, ofreciéndose descuentos en función del consumo potencial, interés comercial, de las posibles acciones de la competencia y de los resultados esperados por cada una de las partes intervinientes en las negociaciones.

El descuento final se negocia individualmente con cada cliente y contiene dos componentes básicos; por un lado el descuento general en todas las EE. SS. que acepten la tarjeta del operador y por otro, posibles descuentos



adicionales en determinadas EE. SS. que comparten dichos descuentos adicionales en las cuantías previamente pactadas.

La Resolución no se refiere a la imposibilidad de efectuar descuentos, ni al estrechamiento de los mismos o a los márgenes en el régimen de venta en comisión. Muy al contrario, parte de que los descuentos pueden efectuarse:

Está acreditado en el expediente que los titulares de EESS. pueden realizar descuentos sobre el precio máximo/recomendado que les comunica su OP. Razón por la que se han denegado todas aquellas pruebas que tenían por objeto demostrar la existencia de tal figura y que ésta efectivamente se aplica. Estos descuentos pueden ser realizados de forma independiente por el titular de la EESS. con cargo a su comisión, o pueden ser compartidos con el OP.

Lo relevante no es que los descuentos se efectúen a través de tarjetas de fidelización o de si son compartidos o no, o de a quien se apliquen. Lo relevante es que se acreditó en las presentes actuaciones la posibilidad de efectuar descuentos, y esto además coincide con lo que se recoge en la Resolución CNC.

Es preciso añadir que tampoco puede valorarse la relación en el periodo de vigencia del Monopolio de Petróleos para dar lugar a la pretendida nulidad *ex tunc*. Como establece la STS 601/2012, de 24 de octubre, "carecería de sentido declarar retrospectivamente la nulidad del contrato litigioso por vulneración del Derecho de la competencia, pedida en una demanda presentada en 2005, teniendo principalmente en consideración un régimen transitorio no de libertad de precios sino de intervención administrativa del precio de venta al público."

La fijación indirecta se refiere a la imposibilidad de aplicar dichos descuentos a consecuencia del estrecho margen del que dispone el distribuidor.

En ambos casos, lo primero que debemos advertir es que incluso se acredita la aplicación real de los descuentos.

Y el informe pericial aportado por la parte demandada acredita que las comisiones ofrecidas por REPSOL son suficientes para garantizar rentabilidad a AUTOSERVICIO BILBAO, S.A. y para poder efectuar descuentos. Estos hechos han sido debidamente valorados en la sentencia recurrida, cuyas conclusiones compartimos.

Es preciso señalar que el recuro parte de un concepto de "descuento significativo" que resulta arbitrario.

Se remite al informe aportado a su instancia que considera descuento significativo a efectos de competencia de Estaciones de servicio, en base a lo analizado por las autoridades de competencia, estaría en torno a 5 céntimos.

A esta cifra de 0,05 euros/litro se refiere la SAN de 5 de noviembre de 2012, que tiene por objeto los recursos interpuestos frente a la RCNC de 30 de julio de 2009, en la que se analizaba el alineamiento de precios entre los operadores (fijación de precios máximos en función de los competidores).

Del alineamiento de precios debido a la estructura del mercado al que se refiere la RCNC y la sentencia citada, que considera que no hay "desviación significativa" entre operadores en variaciones en la media de precios de las EESS no superiores a 5 céntimos, dicho término se transforma en "descuento significativo", es decir, lo que entiende por descuento que debería poder realizar el titular de la estación de servicio, aplicándose esa misma cifra. Se distorsiona por lo tanto el alcance de dicha cifra.

El recurso establece la siguiente conclusión:

"que en el presente caso no se han hecho descuentos por la Estación de servicio Autoservicio Bilbao sencillamente por la imposibilidad real de hacerlos con el margen neto acreditado de la Estación sin incurrir en pérdidas."

Considera el recurso, de acuerdo con el informe aportado, que, con el total de la comisión percibida por Autoservicio Bilbao, que era entre 6 y 7 céntimos, y aun sin tener en cuenta los costes que asume la Estación en el desarrollo de su actividad, no podría asumir descuentos para competir en el mercado de la zona.

Estas conclusiones resultan contradictorias con la existencia material de descuentos y la aplicación generalizada de descuentos en las EESS (resulten o no compartidos), sin incidencia, a lo largo de los años, en la rentabilidad de la explotación- y en la competitividad con otras EESS de las mismas características.

El recurso parte de las propias conclusiones de su informe para aplicarlas a otros datos del informe pericial COMPASS LEXECOM. De este modo, parte de considerar que el "margen neto" en los años 2017 y 2018 no alcanzaba el céntimo de euro y concluye que el importe de los descuentos practicados en esos años (1,64 y 1,68 c€/l) que se desprenden del informe COMPASS LEXECOM supone que estas ventas se efectuaban a pérdida (p.43).



Esta aplicación de conclusiones propias a datos del informe COMPASS LEXECOM acaba por distorsionar el citado informe, que en absoluto mantiene que se efectúen ventas a pérdida, sino todo lo contrario (p.2):

Los resultados del análisis realizado permiten concluir que las comisiones ofrecidas a Autoservicio Bilbao en el periodo 2015-2017 no suponen la fijación indirecta del precio de venta al público porque esas comisiones son suficientes (i) para garantizar la rentabilidad de Autoservicio Bilbao y (ii) para que Autoservicio Bilbao tenga capacidad para otorgar descuentos a sus clientes. Esta conclusión se fundamenta en los siguientes resultados: [...]

Carece también de lógica alguna que el titular de la explotación vaya a mantener descuentos que en un porcentaje significativo de ventas le reportan pérdidas. Lo que se intenta es justificar la referida contradicción que resulta de venir aplicando descuentos a lo largo de los años para luego alegar la imposibilidad de efectuar descuentos.

El tribunal debe valorar también las conclusiones de los informes para contrastar si dichas conclusiones son coherentes con la situación descrita y acreditada.

La sentencia recurrida destaca algunas de las consistentes críticas que efectúa el informe aportado por la parte demandada sobre el informe de la actora. Estas críticas se centran en diversos aspectos:

- No es razonable utilizar los beneficios por litro netos de descuentos calculados por Auren como supuesta evidencia de la incapacidad de Autoservicio Bilbao para practicar descuentos.

- La comparación que el Informe de Auren realiza con las estaciones del entorno está sesgada. El precio de 7 de las 8 gasolineras en la zona de influencia está en línea con el precio de Autoservicio Bilbao. Por tanto, afirma que, incluso aunque la rentabilidad del NEGOCIO OIL considerada en el Informe de Auren estuviera bien calculada y aplicando la lógica que el Informe de Auren pretende hacer prevalecer, no ha quedado demostrado que Autoservicio Bilbao no pueda competir con estas estaciones. La única E.S. que muestra una desviación de precios significativa es la estación de servicio de Eroski que, de hecho, es la más alejada de Autoservicio Bilbao. Las E.S. en supermercados no son perfectamente comparables a otras E.S.

Y coincidimos con estas apreciaciones. No es posible comparar términos que no son asimilables, teniendo en cuenta las características de las EE.SS "low cost", que evidentemente tienen un modelo de negocio diferente.

- No es razonable considerar que un descuento sólo es significativo si este es superior a 5 céntimos de euro por litro y se puede aplicar a todos los litros. Ya nos hemos referido a este extremo, que consideramos arbitrario. El informe COMPASS LEXECOM efectúa la crítica desde una perspectiva económica. Suponer que un descuento sólo es significativo cuando supera los 5 céntimos de euro por litro, implicaría que únicamente es significativo un descuento superior al 30- 40% del margen bruto de distribución.

- Y destaca el informe COMPASS LEXECOM que el análisis de rentabilidad presentado en el Informe de Auren concluye que Autoservicio Bilbao ha tenido beneficios positivos por el negocio oil en todos los años para los que ha realizado el análisis (2017-2019)

A lo expuesto se añaden dos aspectos relevantes:

- Respecto a las estimaciones de costes, el informe COMPASS LEXECOM no efectúa una valoración del cálculo del Resultado Neto realizado en el Informe de Auren, entre otros motivos, porque no es posible conocer en que se basan las estimaciones de los costes utilizados para el cálculo. Se desarrolla este aspecto en la p.44, n.57.

- Respecto a la comparación de los precios medios de Autoservicio Bilbao con los de otras 8 estaciones de su área de referencia, el informe COMPASS LEXECOM critica la falta de transparencia de la muestra de datos (p. 43, n. 53).

Vamos a referirnos al análisis que efectúa el informe COMPASS LEXECOM, que se acaba por distorsionar en el recurso.

Para contrastar la fiabilidad de un informe es necesario acudir a sus conclusiones y apreciar si se apartan de criterios lógicos y del principio de normalidad. El informe mencionado parte de un hecho indiscutible: "La evidencia muestra que las EE.SS. de Repsol realizan descuentos significativos a través de la tarjeta SOLRED."

Mas carente de lógica alguna resulta la pretendida imposibilidad de aplicar descuentos si tenemos en cuenta otro de los datos del informe, la extensión en la aplicación de descuentos (p.3):

"Los descuentos afectan a un número significativo de litros (por término medio un 24,2% del volumen de la gasolinera)."



Y más absurdo resulta que se pretenda sustentar la viabilidad económica de la explotación, en esta situación, en que el resto de ventas compensa esas pérdidas. Decimos esto porque, al tiempo, se manifiesta que los márgenes son muy reducidos. Si los márgenes resultan muy reducidos y una parte importante de las ventas se efectúa a pérdida lo que debería resultar es la inviabilidad económica de la ES y del resto de EE.SS. desde un primer momento.

Y decimos que también del resto de EE.SS. porque destaca el informe que incluso un 10% de las EE.SS. suministran más del 44% de su volumen a este colectivo de clientes con tarjeta SOLRED.

Las conclusiones establecidas en el informe aportado por la parte recurrente resultan difícilmente congruentes con una situación en la que el número de EE.SS. que participa en estos programas de descuento es muy elevado y la proporción de litros sujeto a descuentos es en general muy significativa (p.19 del informe COMPASS LEXECOM).

El Informe muestra una comparación entre el descuento total a clientes profesionales y el resultado operativo total de la estación de servicio. En media los descuentos compartidos (antes de IVA) representaban en el año 2014 un 45,7% de este margen. En Vizcaya, el descuento compartido (antes de IVA) suponía un 32,4% del margen total. Aclara el Informe (p. 22) que "el margen total se calcula como la suma del resultado operativo minorista y mayorista. El resultado operativo minorista de cada E.S. se calcula como el total de ingresos menos el total de gastos de la E.S. El resultado operativo mayorista de cada E.S. se calcula como los ingresos netos que el mayorista obtiene de la E.S. menos los costes que soporta en relación con dicha E.S. El margen operativo minorista es la comisión de la E.S. menos los costes que directa o indirectamente soporta la E.S. Concluye que los descuentos aplicados a estos clientes y asumidos por las EE.SS. son sustanciales (en media suponen alrededor de 2,5 céntimos de euro por litro de carburante), lo que supone una proporción muy significativa del margen operativo de las EE.SS.

Respecto a la rentabilidad de las EE.SS. el informe COMPASS LEXECOM utiliza un método comúnmente aceptado para su valoración, que parte del valor neto actual de los flujos de caja descontados al coste de capital medio ponderado ("WACC").

Las comisiones ofrecidas por Repsol a Autoservicio Bilbao suponen entre un 34% y un 47% del margen bruto de distribución para los años 2015-2017.

El informe analiza en primer lugar la rentabilidad que obtienen las EE.SS. de CampsaRed en Vizcaya considerando las partidas que componen el flujo de caja y de los litros suministrados por cada una de las EE.SS. de la red de CampsaRed en Vizcaya durante el periodo 2015-2017. El margen por la venta de carburantes es mayor que el margen por las ventas de la tienda y la prestación de otros servicios.

Y mantiene que para poder separar el flujo de caja en la parte que correspondería a la venta de carburante de la parte que correspondería a las ventas de la tienda o al lavado de coches, es necesario repartir de alguna manera los costes comunes entre las diferentes actividades, obteniendo la parte del flujo de caja que corresponde a la actividad de la venta de carburantes (Tabla 15 del Anexo A). El informe describe también como se reparte el flujo de caja entre actividades (Tabla 18 del Anexo A).

El Informe COMPASS LEXECOM muestra que en el periodo 2015-2017, las EE.SS. de CampsaRed de Vizcaya:

** obtuvieron - en media - una comisión de 7,01 céntimos de euro por litro;*

** practicaron - en media - descuentos sobre un número significativo de litros (entre el 25% y el 27% en media);*

** aplicaron descuentos - en media - de entre 4,0 y 6,1 céntimos de euro (de los que las EE.SS. aportaron entre 1,1 y 1,6 céntimos de euro), descuentos que suponen entre un 16% y un 22% de la comisión que perciben.*

A continuación, el informe se detiene en las comisiones ofrecidas a Autoservicio Bilbao para determinar si las comisiones de Autoservicio Bilbao son similares a las comisiones de las EE.SS. de CampsaRed en Vizcaya y, por lo tanto, le resultan aplicables las conclusiones expuestas, como método de contraste.

Concluye que, en el periodo 1999-2014, las comisiones ofrecidas a Autoservicio Bilbao también son similares a las comisiones que perciben las EE.SS. de CampsaRed de Vizcaya.

Finalmente incide el informe en un hecho evidente al que hacíamos referencia para contrastar los hechos acreditados con las conclusiones de los informes. AUTOSERVICIO BILBAO ha venido realizando descuentos a lo largo de los años. Entre los años 2009 y 2017 alrededor de un 21% del total de litros vendidos por AUTOSERVICIO BILBAO estaba sujeto a descuentos. La participación en el programa de descuentos de SOLRED es voluntaria.

Las conclusiones del informe son coherentes con la situación descrita referida a los descuentos tanto respecto de las EE.SS. como de la ES objeto de las actuaciones y se sustentan en un método comúnmente aceptado de valoración.

SÉPTIMO. Sostiene el tercer motivo del recurso que se ha omitido el pronunciamiento sobre la petición más subsidiaria del suplico de la demanda que se refiere a que la Resolución del Consejo de la CNC de 30.07.2009 devino firme y declaró que REPSOL CPP había fijado indirectamente el precio de venta al público a los empresarios independientes que operan bajo su bandera.

Debemos reiterar que la fijación de precios es un concepto jurídico - cuya interpretación ha efectuado el TJUE en las relaciones como las que nos ocupa - que se sustenta en hechos concretos, y el hecho en que se sustenta la demanda, así como el propio informe pericial aportado es la imposibilidad de efectuar descuentos y la supuesta constatación de este hecho derivado de la RCNC (y de la RTDC citada).

Y esto es lo que se analiza extensamente en la sentencia, precisamente atendiendo a los informes periciales aportados.

Por otra parte, ya nos hemos referido al alcance de la Resolución CNC de 30.07.2009 y al alcance que tiene la STJUE dictada en fecha 20 de abril de 2023, en el asunto C-25/21, en relación a los extremos que aquí constituyen el objeto de las actuaciones, de manera que, en el caso más favorable - más allá de los meros indicios - establece dicha Sentencia una presunción iuris tantum que, como tal, puede ser desvirtuada, y es lo que analiza la sentencia en relación al hecho invocado y lo que hemos analizado en el presente recurso.

Sustentar una pretendida indemnización en unas genéricas consecuencias de la Resolución CNC implica un cambio del planteamiento inicial de la demanda - tanto del hecho en que se sustenta la fijación de precios en la demanda como de sus propios fundamentos -, planteamiento sobre el que la parte demandada ha efectuado sus alegaciones, lo que generaría una evidente indefensión.

De seguir el novedoso planteamiento del recurso lo que ahora analizaríamos es una cuestión bien distinta: los efectos que pudiera tener el alineamiento de precios entre operadoras en la relación de distribución - lo que requeriría además una prueba al efecto, no la practicada en las presentes actuaciones -. O, lo que es peor, la indemnización que corresponde por "fijación de precios" de modo genérico y desconectado de los hechos de la demanda.

Esto no fue el objeto de las actuaciones. El propio recurso, al referirse al informe pericial aportado a su instancia, muestra qué fue lo debatido. La prueba no versa sobre otras cuestiones y, en concreto, sobre las consecuencias que derivarían de la infracción apreciada en la RCNC de 2009, según los términos de la misma.

Y supondría además que de cualquier resolución en la que se declare una infracción resultaría sin más una indemnización - sin mayor precisión -, lo que no sucede ni siquiera en el caso de las resoluciones vinculantes tras las que se ejercite una acción de responsabilidad *follow on*.

Es más, la propia sentencia recurrida aclara la naturaleza de las acciones ejercitadas:

Como bien identifica la propia parte no se ha ejercitado una acción follow on, de reclamación de daños y perjuicios;

Visto, lo expuesto, el recurso debe ser desestimado, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas en aplicación de lo dispuesto en el artículo 398 LEC.

FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por AUTOSERVICIO BILBAO, S.A. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. Diecisiete de Madrid en el proceso del que dimanen las actuaciones, y cuya parte dispositiva se transcribe en los antecedentes, con a la parte recurrente de las costas derivadas del recurso.

Se decreta la pérdida del depósito en su caso constituido por la parte apelante, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta LOPJ.

Remítanse los autos originales al Juzgado de lo Mercantil, a los efectos pertinentes.

La presente resolución no es firme, y podrá interponerse contra ella ante este tribunal recurso de casación que habrá de fundarse en infracción de norma procesal o sustantiva, siempre que concurra interés casacional, en el plazo de veinte días a contar desde el día siguiente al de su notificación, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta LOPJ. De dicho recurso conocerá la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.



Así, por ésta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ