

JUZGADO DE LO MERCANTIL N° 02 DE MADRID

C/ Gran Vía, 52 , Planta 1 - 28013

Tfno: 914930547

Fax: 914930538

mercantil2@madrid.org

42020310

NIG: 28.079.00.2-2021/0464352

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 13/2022

Materia: Derecho mercantil

Clase reparto: DEMANDAS ART. 101 Y 102 UE

3

Demandante: D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. LUCIA MARIA JURADO VALERO

Demandado: REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS SA

PROCURADOR D./Dña. JOAQUIN FANJUL DE ANTONIO

SENTENCIA N° 229/2024

JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: D./Dña. ANDRÉS SÁNCHEZ MAGRO

Lugar: Madrid

Fecha: treinta de septiembre de dos mil veinticuatro

Vistos por mí, D. Andrés Sánchez Magro, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, los presentes autos de juicio ordinario registrados con el número 13/2022, seguidos ante este Juzgado a instancia de la Procuradora de los Tribunales Dña. Lucía Jurado Valero, en nombre y representación de [REDACTED], contra la compañía mercantil REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS S.A. (REPSOL CPP), representada por el Procurador de los Tribunales D. Joaquín Fanjul de Antonio, ejercitándose una acción de daños y perjuicios derivados de una infracción de defensa de la competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO. - La demandante formuló ante este Juzgado demanda de juicio ordinario contra la mencionada demandada, alegando, en apoyo de sus pretensiones, los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación al caso, y terminó suplicando al Juzgado que se dicte Sentencia por la que:

1.- Declare que la entidad mercantil demandada es responsable de los daños sufridos por mi mandante como consecuencia de la infracción de normas de competencia constatada por las prácticas prohibidas de los artículos 1 de la LDC y 81.1 del TCE, ahora art. 101 del TFUE, de fijación indirecta de precios de venta al público continuada en el tiempo y declarada probada por la CNC en expediente sancionador S/0652/07, de 30 de julio de 2009, y las subsiguientes de la CNMC en sus Resoluciones de 20 de diciembre de 2013 – y la subsiguiente sancionadora de 2015 – y las de 27 de julio de 2017 y 17 de junio de 2020, dictadas en el expediente VS652/07, y la Resolución sancionadora de 15 de diciembre de 2020, dictada en el expediente SNC/DC/054/20.

2.- Condene en consecuencia a la demandada a pagar al actor la cantidad de 16.380'09 euros, cantidad comprensiva del sobrecoste y de los intereses hasta la demanda, según el desglose que incluye la demanda, más intereses legales desde la demanda y el pago de las costas.

SEGUNDO. - Admitida a trámite la demanda por Decreto de 26 de abril de 2022, se emplazó a la parte demandada para contestar, con traslado de la demanda y documentación acompañada, para que compareciesen y contestasen a la demanda en el plazo de diez días hábiles. Así lo hizo la representación de REPSOL CPP presentando, en tiempo y forma, escrito de contestación oponiéndose a la demanda, en el que tras alegar los hechos y los fundamentos de derecho que estimó de aplicación, concluía suplicando al Juzgado el dictado de una Sentencia en la que se desestime íntegramente la demanda formulada, con expresa condena en costas a los demandantes.

TERCERO. - Por Diligencia de Ordenación de 8 de junio de 2022 se acordó la continuación del curso de las actuaciones, teniendo entonces por contestada la demanda, señalándose la celebración de la audiencia



previa para el día 19 de octubre de 2022, proponiendo las partes las pruebas que a su derecho convenía y señalándose el día 23 de enero de 2023 para la celebración del juicio, donde, practicada la prueba declarada pertinente, se dio a las partes el plazo de 15 días para evacuar conclusiones escritas. Con fecha 17 de enero de 2023 la parte demandante previamente interesó del juzgado el planteamiento de cuestión prejudicial al TJUE, que fue desestimada. Las partes demandante y demandada presentaron sus escrito de conclusiones con fecha 15 de febrero y 8 de marzo de 2023, respectivamente, con una posterior aclaración de la demandante de fecha 22 de marzo. Tras ello, mediante diligencia de ordenación de 27 de abril de 2023 los autos quedaron vistos para sentencia.

CUARTO. - En la tramitación de estos autos se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. – Sobre la infracción de defensa de la competencia atribuida a la demandada REPSOL y su prueba. Vinculación a las decisiones firmes de la autoridad de competencia.

1.1 Hechos probados sobre la conducta anticompetitiva de REPSOL CPP.

Aunque como veremos la demanda adolece de imprecisiones técnicas que no es posible obviar, debe concluirse que los hechos probados en este proceso civil, derivado de una sanción administrativa ya firme impuesta por esos mismos hechos a REPSOL CPP, deben tener la correspondencia que la demanda pretende, que no es otra que indemnizar al afectado que reclama. Veamos estos hechos y en qué medida las objeciones y motivos de oposición formulados por la demandada pueden enervarlos.

La documental aportada a las actuaciones permite considerar probada la realidad de la infracción que se imputa a la sociedad demandada, que



arranca años atrás: el 27 de abril de 1999, en efecto, el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) recibió una denuncia de la Asociación de Propietarios de Estaciones de Servicio y Unidades de Suministro de Andalucía contra REPSOL y REPSOL CPP (también contra CEPSA) por vulneración de la normativa nacional y comunitaria de defensa de la competencia, imputando a estas empresas, entre otras cosas, la fijación de los precios de venta al público, la fijación de los márgenes comerciales y cláusulas de mejor precio. La denuncia fue admitida y el SDC incoó dos expedientes sancionadores, uno de ellos para la demandada: el expediente 1986/99. Este expediente finalizó con la resolución del TDC de 11 de julio de 2001, expediente 490/00 REPSOL, en el cual el TDC declaró que REPSOL S.A. había incurrido en una práctica prohibida por el art. 1.1 de la LDC, al fijar directamente los precios de venta al público de los combustibles a los distribuidores, que actuaban con ellas bajo un supuesto régimen de comisión o agencia. Por eso se intimó a REPSOL S.A. para que cesara en dicha fijación a las estaciones de servicio con las que se encontraba vinculada por un contrato de similares características. REPSOL y la aquí demandada, REPSOL CPP, recurrieron esta resolución ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso en su sentencia de 11 de julio de 2007. REPSOL y REPSOL CPP interpusieron un recurso de casación, pero éste fue igualmente desestimado por la Sala 3ª del Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de noviembre de 2010.

En noviembre de 2001, a fin de dar cumplimiento a las intimaciones recibidas del TDC, REPSOL CPP remitieron a todos los comisionistas de las estaciones de servicio de sus respectivas redes una carta en la que se les reconocía expresamente la facultad de realizar descuentos con cargo a su comisión. El TDC consideró que con el envío de estas cartas se había dado cumplimiento a las intimaciones realizadas a las citadas petroleras y, por ello, declaró “ejecutadas en sus propios términos” las resoluciones de 2001 antes referidas. En lo que hace a la demandada, y dejando fuera lo relativo a otras compañías ajenas a los hechos controvertidos que también incluye la demanda, lo hizo en su Resolución de 17 de julio de 2006, expediente 490/00 REPSOL. No obstante, el TDC ya advirtió que el SDC estaba llevando a cabo una información reservada para comprobar si las medidas



tomadas por REPSOL CPP habían tenido en la práctica los efectos deseados, es decir la libertad de los distribuidores minoristas para decidir los PVP de los carburantes.

Efectivamente, la CNC comprobó al año siguiente, en el expediente 652/07 REPSOL/CEPSA/BP, que el reconocimiento expreso de la facultad de realizar descuentos era meramente formal, y que los PVP de los carburantes seguían fijándose en la práctica por medios indirectos, por lo que el incumplimiento material permanecía. En este nuevo expediente sancionador, la CNC concluyó que REPSOL CPP, junto a las demás petroleras investigadas, estaba infringiendo las normas de defensa de la competencia nacionales y comunitarias, pues los precios máximos o recomendados establecidos en sus contratos con los distribuidores de sus respectivas redes eran en la práctica verdaderos precios fijos. Tras una amplia y completa instrucción, mediante la Resolución de 30 de julio de 2009, el Consejo de la CNC declaró, como señala el actor, que REPSOL CPP infringió el artículo 1 de la LDC y el artículo 81.1 del Tratado CE [actual artículo 101.1 TFUE], *“al haber fijado indirectamente el precio de venta al público a empresarios independientes que operan bajo su bandera, restringiendo la competencia entre las estaciones de servicio de su red y entre el resto de estaciones de servicio”*.

Más concretamente, el Consejo de la CNC declaró lo siguiente:

“Cualquier cláusula contractual que figure en los contratos de suministro de carburantes de REPSOL, CEPSA y BP en la que se establezca que el precio de adquisición del combustible se referencia al precio máximo o recomendado, ya sea el de la propia estación de servicio o de los competidores del entorno, es contraria al artículo 1 de la LDC y 81 del TCE [actual artículo 101.1 TFUE], así como también cualquier uso comercial que tenga un efecto equivalente a este tipo de cláusulas”.

“Cualquier cláusula contractual que figure en los contratos de suministro de carburante de REPSOL, CEPSA y BP en al que se establezca que las comisiones/márgenes a percibir se calcularán a niveles similares a los de la zona donde se ubica la estación de servicio objeto del contrato es



contraria al artículo 1 de la LDC y 81 del TCE [actual artículo 101.1 TFUE], así como también cualquier uso comercial que tenga un efecto equivalente a este tipo de cláusulas”.

La Resolución de 30 de julio de 2009 concluyó, y esto es relevante enfatizarlo, que REPSOL CPP fijaba por medios indirectos el PVP de los combustibles y carburantes a los distribuidores independientes de su red abanderada a pesar del reconocimiento expreso por la demandada al titular de la estación de servicio de la posibilidad de hacer descuentos, bien en el contrato, bien mediante carta, y a pesar de la realización de descuentos a través de las tarjetas de pago y fidelización. Según la CNMC, los distribuidores afectados por la práctica ilícita eran los titulares de las estaciones de servicio CODO y DODO - que son las gestionadas por terceros (no por las compañías petroleras) - en régimen (i) de comisión o (ii) de reventa con descuento fijo o indiciado a un precio de referencia, que según muestra la propia Resolución, representaban un 96,26% de las estaciones de servicio CODO y DODO de REPSOL CPP, un porcentaje de estaciones de servicio afectadas que permitía a REPSOL CPP controlar el PVP de los carburantes en toda su red, pues las restantes estaciones de servicio (COCO y DOCO) son directamente gestionadas por la demandada.

El Consejo de la CNC indica que, aunque *“aparentemente los regímenes Reventa con descuento fijo y Comisión son dos figuras contractuales distintas, [...] la forma en la que se establecen los precios de adquisición del producto entre el OP y la EESS son materialmente iguales. Cuando se habla de Contratos de Comisión se emplean los términos “Precio Máximo” y “Comisión”, términos que equivalen a “Precio Recomendado” y “descuento” cuando se refiere al denominado Contrato de Reventa con descuento fijo”*. Por tanto, *“la diferencia entre un denominado comisionista y un revendedor en firme con descuento fijo es más formal que material, pues en ambos casos [...] éste [sic] precio de adquisición se fija en base a dos parámetros controlados por el OP: el precio de referencia y la comisión/descuento”*.

Como explica la CNC, en ambos casos el Precio de Referencia, que es el precio de base para fijar el precio de adquisición del carburante por los



distribuidores minoristas, es el precio máximo/recomendado que los operadores petrolíferos comunican a los distribuidores y sobre el que se descontará la comisión o el descuento fijado en el contrato, además de los impuestos. Es decir, el precio de referencia es el propio precio máximo o recomendado que cada OP marca a cada una de sus EESS, el importe de las comisiones y los descuentos coinciden (como norma general) para cada operadora y el sistema de establecimiento/actualización de estos importes no varía tampoco para estos dos conceptos. Por lo que respecta, en particular, a los contratos de comisión, el parámetro principal para el establecimiento del precio de adquisición del producto por parte del distribuidor minorista es el precio máximo de venta al público competitivo según el área de influencia que la operadora va a comunicar a dicho distribuidor (que coincide con el precio medio del área de influencia). De igual manera, en los contratos de reventa con descuento fijo o indiciado a un precio de referencia, el parámetro principal en el establecimiento del precio de adquisición del producto por parte de dicho distribuidor también es el precio medio del área de influencia, que va a coincidir, por su propia definición, con el precio de venta al público competitivo según el área de influencia que la operadora va a recomendar al distribuidor.

Esta fijación indirecta motivó las sanciones que la demandada recibió, así como las intimaciones de la CNMC a la demandada y demás infractoras para que, *“a partir de la notificación de la presente resolución, tomen las medidas necesarias para la cesación de todas aquellas prácticas que contribuyan a la fijación indirecta del precio de los combustibles a la venta en Estaciones de Servicio de las redes abanderadas por REPSOL, CEPSA y BP en las que los gestores sean empresarios independientes a los efectos de la aplicación de las normas de competencia”* y *“para que en el futuro se abstengan de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente”*.

La Resolución de 30 de julio de 2009 fue confirmada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en sus sentencias de 5 de noviembre de 2012 y de 15 de noviembre de 2012, y por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 28 de enero de 2013, 31 de octubre de 2013, 22 de mayo y 2 de junio de 2015, por lo que es firme. Las resoluciones



posteriores dictadas por la CNMC, tanto en el expediente de vigilancia relativo a la Resolución de 2009 (expediente VS/652/07 REPSOL/CEPSA/BP) como en aplicación de la sanción derivada del incumplimiento, han acreditado, a su vez, que tras la citada Resolución REPSOL CPP siguió fijando indirectamente el PVP de los carburantes y, por tanto, infringiendo de forma continuada los artículos 1 LDC y 101 TFUE, al menos hasta el 22 de octubre de 2019.

En la Resolución de 20 de diciembre de 2013, dictada en ese expediente de vigilancia, la CNMC declaró el incumplimiento de la intimación hecha en 2009, y destacó lo siguiente: *“Pues bien, el Consejo considera, en línea con el informe de la DI, que las tres operadoras imputadas han dado un cumplimiento parcial y claramente insuficiente a las intimaciones realizadas por el Consejo de la CNC en su Resolución de 30 de julio de 2009, haciendo de las mismas una interpretación formalista de los términos de su parte dispositiva [...]”*. REPSOL CPP no había modificado ninguno de los contratos de comisión más allá de la adaptación previa a la Resolución del extinto TDC de 2001. Ante el comportamiento incumplidor de las petroleras y sus alegaciones, el Consejo reiteró que, de acuerdo con la Resolución de 30 de julio de 2009, *“cualquier cláusula contractual que establezca que el precio de adquisición del combustible se referencia al precio máximo o recomendado, ya sea de la propia estación o de los competidores del entorno o, por tener un efecto equivalente, al precio de venta al público de las estaciones del entorno, constituye una conducta que restringe la competencia en el sector de la distribución minorista de carburantes y que es contraria a los artículos 1 de la LDC y 101.1 del TFUE”*. En concreto, requirió a la demandada y el resto de petroleras infractoras para que, *“en relación con los contratos de comisión y los contratos de reventa indiciada a precio de referencia en los que los distribuidores sean empresarios independientes a los efectos de la normativa de competencia, adopten las medidas necesarias para que el precio de transferencia o de cesión del carburante atienda a criterios objetivos de forma que su determinación no desincentive la realización por parte de las estaciones de servicio de descuentos, para evitar que el operador fije indirectamente por esta vía el PVP”*.



La Resolución de 20 de diciembre de 2013 fue confirmada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en sus sentencias de 14 y 23 de mayo de 2018 y 5 de junio de 2018, y por el Tribunal Supremo en sus Sentencias 131/2020, 132/2020 y 133/2020 de 4 de febrero de 2020, por lo que es igualmente firme. A su vez, dado ese incumplimiento de las intimaciones de 2009, y conforme a lo previsto en la Resolución de 2013, se incoó un nuevo expediente sancionador a REPSOL CPP, que concluyó con la Resolución de 12 de marzo de 2015, que también fue confirmada en 2020 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, aunque debiera retocarse el importe de la multa, y ello sin perjuicio del recurso interpuesto por la demandada ante el Tribunal Supremo.

Se ha acreditado igualmente por medio de las documentales que obran en autos que en la Resolución de la CNMC de 27 de julio de 2017, dictada en el mismo expediente de vigilancia, tras analizarse el informe elevado por la Dirección de Competencia, la autoridad nacional declaró de nuevo que *“no resulta posible considerar acreditado el cumplimiento de la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 30 de julio de 2009, en los términos propuestos por la Dirección de Competencia”*, y reiteró que *“el cumplimiento de la mencionada Resolución debe ser total y efectivo **para la remoción de los efectos anticompetitivos de las prácticas declaradas prohibidas en la misma**”*. En el caso de la demandada REPSOL CPP, la CNMC alcanzó esta conclusión a pesar del análisis realizado por la Dirección de Competencia, que había señalado que, aunque la demandada había modificado 733 contratos de comisión DODO (un 43% del total de su red), en cuanto a sus 1.336 contratos de comisión CODO (un 54% del total), REPSOL CPP había propuesto una “solución de futuro a medio plazo”, el llamado modelo “Consigna”, consistente en la conversión gradual hasta el 31 de diciembre de 2018 de estos contratos por contratos de comisión puros o genuinos, a los que no resultaban de aplicación las normas de defensa de la competencia.

La CNMC manifestó que, en atención a lo expuesto, lógicamente no resultaba posible declarar el cumplimiento por REPSOL CPP de la Resolución de 2009, incluso señalando que la medida propuesta del modelo



“Consigna”, contrato puro de comisión, constituía una modificación estructural y permanente que *“no es la más favorecedora de la competencia, al permitir al primer operador español el control directo de los precios de venta al público de 1.300 gasolineras”*. De ahí la necesidad, dijo el Consejo de la CNMC, de efectuar un análisis de las posibles interacciones derivadas de la introducción de ese modelo con las nuevas fórmulas que otras petroleras estaban proponiendo. Al declararse el incumplimiento en 2017, REPSOL CPP recurrió la Resolución de 27 de julio de ese año ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

La demandada, según se lee en dicha documental, aunque pretendía completar el proceso de transformación de los contratos el 31 de diciembre de 2018, llegada esta fecha todavía quedaba un buen número (que la CNMC mantuvo confidencial) de estaciones de servicio con contratos de comisión CODO en vigor, infractores con arreglo a la Resolución de 2009 y a las que, por tanto, les seguía fijando indirectamente el PVP del carburante, y para esas estaciones de servicio que no se habían adaptado al modelo Consigna, el 22 de octubre de 2019 REPSOL CPP tomó la decisión de establecer el “precio del tercer cuartil provincial” como límite superior del PVP máximo del carburante comunicado a aquéllas. Pues bien, la CNMC, en la Resolución de 12 de junio de 2020, dictada de nuevo en el expediente de vigilancia que nos ocupa (VS/652/07 REPSOL/CEPSA/BP), consideró que este modo de determinación del PVP máximo era objetivo y cumplía con los criterios definidos por las Resoluciones de 2009 y 2013. En consecuencia, el Consejo de la CNMC declaró *“la existencia de indicios de incumplimiento por REPSOL de lo dispuesto en el resuelve tercero de la resolución de 30 de julio de 2009, así como en el resuelve tercero, apartado 1, de la resolución de 20 de diciembre de 2013, en relación con los contratos sujetos al cumplimiento de la resolución subsistentes a 1 de enero de 2019 y hasta el 22 de octubre de 2019, cuyas condiciones comerciales no se adecuan a lo dispuesto en las referidas resoluciones”*.

Sobre el modelo del contrato “Consigna”, la CNMC fue muy crítica, señalando que se trataba de un cumplimiento meramente formal pero no material de las intimaciones efectuadas y que no impedía a REPSOL CPP seguir controlando el PVP de los carburantes en toda su red. Según la



CNMC, si en 2009 REPSOL CPP controlaba, directa o indirectamente, el PVP de los carburantes en un 94,7% de las estaciones de su red de distribución minoristas, tras la aplicación del modelo Consiga este porcentaje sólo se había reducido al 70,3%: *“Durante los más de 10 años transcurridos desde que la CNC dictó la resolución de 30 de julio de 2009 REPSOL no ha propuesto, sugerido ni negociado ninguna medida adicional para dar solución a los problemas de fijación indirecta de precios expuestos en la citada resolución, amparándose en la imposibilidad de modificar las relaciones contractuales establecidas con las estaciones de servicio”*.

REPSOL CPP recurrió la Resolución 12 de junio de 2020 ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. A raíz de esta nueva resolución de incumplimiento, se incoó un expediente sancionador contra la demandada que concluyó con la Resolución sancionadora del 15 de diciembre de 2020 (SNC/DC/054/20, REPSOL), en la que la CNMC declaró que la demandada ha incumplido de forma continuada la Resolución de 30 de julio de 2009 y la Resolución de 20 de diciembre de 2013 hasta el 22 de octubre de 2019. REPSOL CPP igualmente recurrió esta resolución.

1.2 El efecto de las resoluciones firmes de la autoridad de competencia y la prueba de la infracción.

Conforme al artículo 75.1 LDC, *“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 introducción de esta previsión en la LDC responde a lo establecido en el artículo 9.1 de la Directiva de Daños 109/2014, que consagró la recomendación del Libro Blanco de la Comisión Europea sobre acciones de daños y perjuicios antitrust de que las resoluciones de las autoridades nacionales de la competencia tuviesen “efecto vinculante” en los procedimientos civiles de reclamación de daños derivados de infracciones del derecho de la competencia.



Ciertamente, la aplicación retroactiva de este artículo está vedada por la Disp. Tr. 1ª del RD-L 9/2017, que lo introdujo en la LDC, pero no se asiste a un supuesto de retroactividad, pues la infracción no cesó hasta después de la entrada en vigor del RD-L 9/2017, que se produjo el 27 de mayo de 2017, y la Resolución de 2009, así como la de 2013, son firmes. No obstante, asumiendo dialécticamente que el referido precepto no fuera aplicable, la infracción igualmente debería tenerse por irrefutablemente probada con arreglo a la consolidada doctrina del Tribunal Supremo según la cual, aunque el artículo 222.4 LEC (efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada) se refiere exclusivamente a las sentencias anteriores de otros órganos de la jurisdicción civil, hay una *“vinculación [para los tribunales del orden civil] de los hechos declarados probados en sentencias firmes dictadas por tribunales de una jurisdicción distinta”* (SSTS Sala 3ª 196/2015 de 17 de abril de 2015, 23/2012 de 26 de enero de 2012 y 532/2013 de 19 de septiembre de 2013). En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional (SS192/2009 de 28 de septiembre de 2009 o 182/1994 de 20 de junio), que *“ha reiterado que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron no sólo es incompatible con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), sino también con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues no resultan compatibles la efectividad de dicha tutela y la firmeza de los pronunciamientos judiciales contradictorios (por todas, STC 60/2008, de 26 de mayo, FJ 9). Igualmente se ha destacado que en la realidad histórica relevante para el Derecho no puede admitirse que unos hechos existen y dejan de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen principios elementales de lógica jurídica y extrajurídica, salvo que la contradicción derive de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas (por todas, STC 109/2008, de 22 de septiembre)”*.

En el ámbito específico de la defensa de la competencia, esta jurisprudencia fue empleada por el Tribunal Supremo en la sentencia del caso del azúcar 651/2013 de 7 de noviembre, para rechazar que un tribunal civil pudiera negar la práctica anticompetitiva apreciada por la autoridad de competencia en una resolución firme. Igualmente han hecho las Audiencias



Provinciales, incluso antes de la entrada en vigor del artículo 75.1 LDC. Por ejemplo, la Audiencia Provincial de Madrid, en numerosas sentencias entre las que cabe citar la 116/2015 de 27 de abril, la 215/2016 de 6 de junio, la 293/2017 de 12 de junio y la 532/2019 de 11 de noviembre de la Sección 28ª, que ha señalado que la “vinculación” de las resoluciones de la autoridad nacional de competencia en los procedimientos civiles de responsabilidad por daños *“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 imprescindibles para la prosperabilidad de la acción, como la concurrencia de daño y la relación causal con la infracción”* .

La demandada ha señalado a lo largo del pleito que las resoluciones de vigilancia, incluso si alcanzan firmeza, no pueden ser tenidas en cuenta como una prueba irrefutable de la infracción de los artículos 1 LDC y 101 TFUE, en la medida en que únicamente determinan si REPSOL CPP cumplió las intimaciones de la CNMC en un determinado momento. Debe aceptarse este argumento. Según la doctrina sentada por la jurisprudencia contencioso-administrativa (valgan las citas que efectúa la parte demandada de las SSTs Sala 3ª núm. 936/2016 de 28 de abril, 753/2018 de 8 de mayo, o la 132/2020 de 4 de febrero, dictada como vimos en el expediente de vigilancia de REPSOL CPP y que confirmó la Resolución de 2013), este tipo de resoluciones de vigilancia tienen un alcance limitado a esa constatación temporal y provisional, destinada a evolucionar con el tiempo (lo que se tarda en cumplir con las intimaciones y requerimientos de la autoridad de competencia), y por tanto no pueden servir de título constitutivo de la existencia de la infracción, es decir, de prueba irrefutable de su existencia, como lo es la Resolución de 2009. Así también lo ha declarado la Audiencia de Madrid Secc. 28ª en su Sentencia núm. 149/2022 de 10 de marzo.

El planteamiento de una acción follow on sobre la base de las resoluciones de vigilancia, por tanto, es erróneo. Sin embargo, el que estas decisiones de vigilancia no sean pruebas irrefutables no puede conllevar el efecto



pretendido por la demandada infractora, que es privarles por completo de eficacia. De un lado, porque la Sala 3ª del Tribunal Supremo, precisamente en sus sentencias 131/2020, 132/2020 y 133/2020 de 4 de febrero de 2020, que confirman la Resolución de 2013 en el expediente VS/652/07 REPSOL/CEPSA/BP, ha señalado que el procedimiento de vigilancia *“tiene por objeto constatar el estado de cumplimiento de las obligaciones impuestas por el órgano regulador”*, de forma que en cualquier aproximación razonable y que use la lógica humana, si REPSOL CPP no cumplió las intimaciones de la CNMC para poner fin a la infracción hasta octubre de 2019 debe considerarse, como una prueba indiciaria del máximo valor, que esta declaración continuaba infringiendo los artículos 1 LDC y 101 TFUE hasta ese momento. No son irrefutables, pero todas las resoluciones de la CNMC que no hayan sido anuladas por los tribunales, resultado de unas arduas y profundas investigaciones que las mismas exponen, tienen una innegable y contundente fuerza probatoria, constituyen en todo caso una prueba extraordinariamente cualificada (en palabras del Tribunal Supremo, *“un instrumento de convicción de gran autoridad”*). Como expresaron las conclusiones presentadas el 17 de enero de 2019 por la abogada general Sra. Kokott en el asunto del TJUE C- 637/17 as. *Cogeco*, *“el principio de efectividad [del Derecho de la UE] exige atribuir a la constatación en firme de una infracción por la autoridad nacional de la competencia al menos el carácter de indicio en un procedimiento por daños”*.

La eficacia de las resoluciones de la autoridad de competencia, en todo caso, ha sido perfilada mucho mejor por la reciente Sentencia del TJUE de 20 de abril de 2023, que resuelve la cuestión prejudicial tramitada con el nº C-25/21 a instancias precisamente de este Juzgado de lo Mercantil en relación, también precisamente, con las mismas resoluciones de la CNMC (en el resumen de litigio nacional de procedencia el TJUE señala: *“En el marco de un expediente de vigilancia, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictó tres resoluciones en las que constataba que Repsol había seguido infringiendo las normas del Derecho de la competencia hasta 2019”*).



El Abogado General, en sus conclusiones (a las que repetidamente hace referencia la resolución TJUE) recoge:

“94. Ciertamente, el principio de efectividad y la exigencia de garantizar la plena eficacia del artículo 101 TFUE no pueden interpretarse de manera que se llegue hasta el extremo de requerir a los Estados miembros el reconocimiento de una presunción irrefutable como la que se contempla actualmente, en lo referente a las acciones por daños, en el artículo 9, apartado 1, de la Directiva 2014/104. No obstante, a mi modo de ver dentro del margen de apreciación de que dispone un juez de lo civil en virtud de sus propias normas procesales nacionales -que se inscribe en el ámbito de la autonomía procesal de los Estados miembros- relativas a la valoración de los medios de prueba, el valor que dicho juez, conforme al principio de efectividad, está obligado a atribuir a la constatación de una infracción recogida en una resolución firme de la autoridad nacional de la competencia debe variar en función del grado de coincidencia entre la infracción constatada en esa resolución y la infracción alegada en la que se fundamenta la acción civil ejercitada ante él.

95. Así, cuando existe coincidencia entre la infracción del artículo 101 TFUE , apartado 1, constatada por la autoridad nacional de la competencia, por un lado, y la infracción alegada en la que se fundamenta la acción civil ante el órgano jurisdiccional nacional, por otro lado, en cuanto a la naturaleza de la infracción, así como a su alcance material, personal, temporal y territorial, considero que el principio de efectividad y la exigencia de garantizar la plena eficacia del artículo 101 TFUE obligan al juez de lo civil a atribuir a esa constatación no solo un valor de indicio o de principio de prueba, sino al menos un valor de prueba prima facie de la existencia de esa infracción. En efecto, en tal caso existiría una total coincidencia entre la infracción constatada y la invocada a efectos de la acción civil que, a la luz de los principios mencionados, no justificaría, en mi opinión, atribuir un mero valor de indicio o principio de prueba a la constatación de la autoridad nacional de la competencia.

96. A este respecto, la referencia a la «naturaleza de la infracción» implica que debe tratarse de la misma infracción, basada en la misma calificación



de los hechos recogida en la resolución de la autoridad de la competencia. La alusión al «alcance material» de la infracción implica que la coincidencia debe referirse a los comportamientos explícitamente mencionados en la resolución de la autoridad de la competencia. La mención al «alcance personal» de la infracción implica que la infracción de las normas de competencia tan solo constituye una prueba prima facie de la infracción frente a las empresas declaradas infractoras en la resolución firme. La referencia al «alcance temporal» de la infracción implica que las constataciones recogidas en la resolución firme únicamente constituyen una prueba prima facie para el juez de lo civil respecto de la duración de la infracción constatada en esa resolución firme. Del mismo modo, la mención al «alcance territorial» de la infracción supone que el carácter de prueba prima facie de dicha resolución para el juez de lo civil solamente abarca el territorio en el cual se constató la infracción en la mencionada resolución.

97. En cambio, cuando la coincidencia entre la infracción del artículo 101 TFUE , apartado 1, constatada por la autoridad nacional de la competencia y la infracción en la que se fundamenta la acción civil ejercitada ante el órgano jurisdiccional nacional no es total, sino solo parcial, por ejemplo, porque la constatación de la autoridad nacional de la competencia se refiera a prácticas contrarias a la competencia que, pese a ser análogas y haber sido llevadas a cabo por la misma empresa, no coinciden exactamente con las constatadas en la resolución de la autoridad de la competencia, el juez nacional no podrá ignorar por completo la resolución, sino que, en virtud del principio de efectividad y de la exigencia de garantizar la plena eficacia del artículo 101 TFUE , deberá atribuirle el valor de indicio o de principio de prueba.

98. Un ejemplo de tal situación puede ser el caso, inspirado en el presente asunto, en el que un distribuidor ejercita una acción civil por infracción del artículo 101 TFUE, apartado 1, alegando que determinadas cláusulas de sus contratos contienen restricciones verticales análogas a las calificadas específicamente como infractoras en la resolución de la autoridad nacional de la competencia. En semejante caso, el alcance material de la infracción constatada en la resolución y el de la infracción



invocada a los efectos de la acción civil no coinciden, pero sí lo hacen todos los demás elementos (es decir, la naturaleza de la infracción y el alcance personal, temporal y territorial). Pues bien, en tal caso, el juez de lo civil no podrá ignorar la resolución de la autoridad nacional de la competencia por la que se constata la infracción del artículo 101 TFUE, apartado 1, sino que deberá atribuirle el valor de indicio o de principio de prueba de la existencia de la infracción, en el sentido explicado en el punto 106 de las presentes conclusiones. (...)

106. No obstante, un «indicio» o un «principio de prueba» indica, a mi parecer, un elemento que juega a favor de la constatación, por parte del juez de lo civil, de la existencia de una infracción, pero que debe valorarse y justificarse a la luz de otras pruebas para poder considerar confirmada la existencia de la infracción. (...)

116. A este respecto, he de observar, sin embargo, que de la lectura de la parte dispositiva de la Resolución de 2009 - que se ha reproducido en el apartado 16 de las presentes conclusiones - se desprende que la constatación de la infracción recogida en dicha resolución tiene un alcance material muy amplio. En efecto, se refiere a todos los empresarios independientes que operan bajo la bandera de Repsol y a todos los contratos que incluyen cláusulas que originan la infracción y a cualquier cláusula ahí descrita”.

El fallo del TJUE sigue esta senda, y razona lo siguiente:

- El artículo 9.1 de la Directiva 2014/104, que establece una presunción iuris et de iure en cuanto a la existencia de una infracción del Derecho de la competencia constatada en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia a los efectos de una acción por daños ejercitada de conformidad con los artículos 101 o 102 TFUE, no puede aplicarse *ratione temporis* a acciones por daños ejercitadas a raíz de las resoluciones del TDC de 2001 y de la CNC de 2009, en cuanto las mismas devinieron firmes con anterioridad a la fecha de transposición de la Directiva 2014/104 (apartados 29 a 47).



- Los artículos 101.1 y 102 TFUE producen efectos directos en las relaciones entre particulares y crean derechos en favor de los justiciables que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar. La plena eficacia de estas disposiciones y, en particular, el efecto útil de las prohibiciones establecidas en ellas se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la competencia (apartados 50 a 55).

- El artículo 2 del Reglamento n.º 1/2003 no contiene disposiciones referidas a los efectos de las resoluciones firmes de las autoridades nacionales de la competencia en el contexto de acciones de nulidad al amparo del artículo 101.2 TFUE y/o por daños por infracción del Derecho de la competencia. Corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las modalidades de ejercicio del derecho a solicitar la reparación del daño resultante de una infracción del artículo 101 TFUE, con respeto de los principios de equivalencia y de efectividad (apartados 57 a 60), y en este sentido establece:

" 61 Pues bien, como ha señalado el Abogado General en los puntos 91 y 92 de sus conclusiones, el ejercicio del derecho a reparación por infracciones del artículo 101 TFUE se haría excesivamente difícil si no se reconociera a las resoluciones firmes de una autoridad de la competencia ni el más mínimo efecto en las acciones civiles por daños o en las acciones dirigidas a que se declare la nulidad de acuerdos o decisiones prohibidos en virtud de dicho artículo.

62 Así pues, para garantizar la aplicación efectiva de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE , en concreto en el marco de acciones de nulidad ejercitadas al amparo del artículo 101 TFUE , apartado 2, y de acciones por daños por infracción de las normas de competencia ejercitadas a raíz de una resolución de una autoridad nacional de la competencia que se ha impugnado ante los órganos jurisdiccionales nacionales competentes, pero que ha adquirido firmeza tras haber sido confirmada por estos órganos jurisdiccionales y que ya no puede ser objeto de recurso por los cauces ordinarios, es preciso considerar que, en particular en el marco de los



procedimientos relativos a tales acciones que se incoen ante un órgano jurisdiccional del mismo Estado miembro en el que esa autoridad ejerza sus competencias, la constatación, por parte de dicha autoridad, de una infracción del Derecho de la competencia acredita la existencia de esa infracción salvo prueba en contrario, que corresponde aportar a la parte demandada, siempre que su naturaleza y su alcance material, personal, temporal y territorial se correspondan con los de la infracción constatada en aquella resolución.

63 En estas circunstancias, procede considerar que, a los efectos de tales procedimientos, la existencia de una infracción del Derecho de la competencia de la Unión constatada en una resolución de ese tipo 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.

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

La Sentencia de Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de enero de 2024 parte de la interpretación de Sentencia TJUE, y añade 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”.

Por su parte, la Sentencia 116/2023 de 13 de noviembre de la Secc. 32ª de la Audiencia Provincial de Madrid igualmente parte del enfoque de la Sentencia TJUE en un supuesto de hecho análogo al que enjuiciamos en estas actuaciones:

“DECIMOCUARTO.- Atendiendo al enfoque jurídico que nos viene impuesto por el TJUE, nos encontramos en el caso que nos ocupa con que el organismo español de defensa de la competencia, en resoluciones que han quedado firmes tras agotarse las impugnaciones en sede judicial, ha apreciado (véase la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009) que REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., como también otras grandes operadoras, ha incurrido en la conducta de fijar indirectamente el precio de venta al público a empresarios independientes (estaciones de servicio) que operaban bajo su bandera, restringiendo la competencia entre las estaciones de servicio de su red y entre el resto de estaciones de servicio. Ya hemos recogido en un fundamento precedente cuáles eran los mecanismos que fueron identificados por la CNC como los empleados para lograr tal efecto. Parte de ellos se corresponden precisamente con los que motivaban la demanda, que invocaba también la referida resolución administrativa de la autoridad nacional de la competencia como justificación para su acción de nulidad. La CNC concluyó que no es que no fuera materialmente posible efectuar descuentos por los minoristas, sino que se había creado por los operadores mayoristas, entre ellos REPSOL, un entramado operativo con tales características que en la práctica real se desincentivaba a los operadores minoristas para que en la práctica fijaran los precios por debajo del máximo o recomendado que era el marcado por el mayorista.

La resolución sancionadora de la CNC de 30 de julio de 2009 llegó a la conclusión de que los precios máximos o recomendados por las



operadoras se convertían en los precios de venta al público aplicados por la gran mayoría de las estaciones de servicio de las respectivas redes (así sucedía en más del 91% de las estaciones de servicio abanderadas por REPSOL, en más del 95% de las abanderadas por CEPSA y en más del 75% abanderadas por BP), y que dicha fijación indirecta de precios era el resultado de una serie de factores que dependían total o parcialmente de la actitud de las operadoras, que tenían como efecto el desincentivar al titular de la estación de servicio para que fijara sus precios por debajo de los precios máximos/recomendados. Razonaba la Comisión que, atendiendo al marco normativo, cabía entender que la fijación de precios máximos o recomendados es una institución que, en principio, goza de la exención que le otorga el Reglamento, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo. Pero, tras el análisis de los hechos investigados, llegaba a concluir que en el caso analizado las operadoras aplicaban en sus relaciones verticales con las estaciones de servicio una serie de mecanismos que, puestos en conjunto, conducían a una fijación de precios, prohibida por la norma, que reducía la competencia no solo intramarca, sino también intermarca por el efecto de alineamiento de precios entre los distintos operadores. Así " esa fijación indirecta de precios es el resultado de una serie de factores que dependen total o parcialmente de la actitud de los OP, y que tienen como efecto un claro desincentivo al Titular de la EESS para que fije sus precios por debajo de los precios máximos/recomendados que le marca su proveedor. Estos factores bajo control directo del OP son: (i) el establecimiento de los precios de venta al público máximos/recomendados en función de los precios de venta al público de los competidores del entorno; (ii) el compromiso de que las comisiones/márgenes que se le aplicarán serán del mismo nivel que las de sus competidores; (iii) el sistema de comunicación de precios máximo/recomendados, que de forma automática se instala en los Terminales de Pago de Tarjetas Propias y (iv) el hecho de que el descuento compartido en las tarjetas de fidelización sea desconocido por la EESS. Existen además otros factores que si bien no puede concluirse que dependan, como los citados anteriormente, totalmente del operador, sí que aprecia el Consejo una posición activa por parte del OP a la hora de incentivar su aplicación. Entre estos últimos factores están (i) el uso de los sistemas de comunicación entre OP y EESS y los sistemas mecánicos de



emisión de tickets, por los que los precios máximos/recomendados son los que se instalan por defecto en los TPV y surtidores, debiendo hacer cambios manuales cada vez que el Titular de la EESS quiere aplicar un precio distinto al que le han fijado o recomendado; (ii) la invitación del OP al Titular de la EESS a delegarle sus obligaciones de emisión de facturación mediante el uso de la denominada autofactura; y (iii) la insistencia de los OP a que los Titulares opten por un sistema de tratamiento fiscal que desincentive la aplicación de precios inferiores a los precios máximos/recomendados".

En consecuencia, aunque en teoría las estaciones de servicios (EESS) que operan bajo la bandera de estas tres operadoras pudieran apartarse de los precios máximos o recomendados, en la práctica encuentran importantes desincentivos para hacerlo, lo cual produce claros efectos anticompetitivos en relación con la competencia intramarca. Pero igualmente se ve afectada la competencia intermarca en la medida en que se considera acreditado el alineamiento de precios entre las distintas operadoras debido a una serie de factores, tales como la idéntica forma de establecer los precios máximos de las estaciones de servicio (EESS) que abanderan, que no es otra que señalarlo conforme a los precios que están fijando sus competidores, así como la idéntica forma de establecer el resto de los parámetros que definen las relaciones comerciales con los titulares de las EESS (fundamento de derecho decimosexto).

Por lo tanto, concurren los presupuestos señalados por el TJUE para que opere la inversión de la carga de la prueba, porque, precisamente, en el caso de la gasolinera que regenta HUSCO SL nos hallamos ante una relación contractual incardinable en las características (tanto en lo que incumbe al autor de la infracción constatada, como a su naturaleza, su calificación jurídica, su duración y su alcance territorial) de aquellas explotaciones que fueron analizadas por la autoridad de la competencia y con respecto a las cuáles se apreció la práctica de la imposición indirecta de precios. El supuesto de hecho objeto de litigio tiene un perfecto encuadre en el ámbito de la clase de infracción anticoncurrencial detectada por la autoridad de la competencia, que declaró la existencia de la conducta ilícita, identificando su mecanismo de producción, e impuso



por ello sanciones pecuniarias; pero es que también impuso a las sancionadas, entre ellas a REPSOL, obligaciones para que procedieran a la cesación en tal comportamiento anticompetitivo, lo que motivó la apertura de ulteriores expedientes de seguimiento, que terminaron con sucesivas Resoluciones administrativas en los años siguientes (2013, 2015, 2017 y 2020, con su impugnación judicial posterior), con la finalidad de comprobar el grado de cumplimiento de lo ordenado, lo que permitió detectar cierta renuencia de las petroleras, entre ellas también REPSOL, a atenerse de modo estricto a lo que les había sido impuesto, ante lo que solo habían mostrado un progresivo grado de parcial atención. De manera que le corresponde a REPSOL CPP la carga procesal de tener que desvirtuar con sus pruebas que no ha incurrido, en el caso concreto de la estación arrendada a HUSCO SL, en la conducta de imposición indirecta de precios”.

A la vista de cuanto antecede, debe concluirse que las pruebas sobre la existencia de la infracción son más que suficientes, superan el umbral de la carga de la prueba que le era exigible a la parte actora, sin que la parte demandada haya aportado dato, información o indicio en sentido contrario para enervar esa realidad constatada sobre la infracción, su naturaleza y su vigencia en el tiempo.

SEGUNDO. – Sobre la prescripción de la acción de daños antitrust.

La incidencia del efecto de las resoluciones administrativas, y sobre todo las resoluciones de vigilancia, afecta de lleno a la prescripción alegada por REPSOL CPP. A juicio de la demandada, la acción está prescrita, a cuyo efecto argumenta que el plazo prescriptivo es el de un año que impone el artículo 1968 del Código Civil, pues se trata de una acción extracontractual, y que el plazo debe contarse desde que el afectado conoció o pudo conocer la infracción, es decir, desde el día 30 de julio de 2009, cuando se publicó la Resolución de la CNC.

Estas alegaciones no pueden prosperar.

2.1.- Plazo de prescripción aplicable.



Los hechos acreditados evidencian que la infracción de REPSOL CPP se extendió de modo continuado durante un período de tiempo en que rigieron dos plazos de prescripción diferentes: hasta el 26 de mayo de 2017, las acciones de responsabilidad por daños derivados de infracciones del derecho de la competencia estuvieron sujetas al plazo general de prescripción de las acciones de responsabilidad extracontractual que menciona la demandada, un año, de acuerdo con el artículo 1968.2 CC que se ha invocado; desde el 27 de mayo de 2017, cuando entró en vigor el RD-L 9/2017, que introdujo el Título VI de la LDC, las acciones de responsabilidad por daños derivados de infracciones del derecho de la competencia son extracontractuales, pero se encuentran sujetas, sin embargo, a un plazo de prescripción específico, cinco años, de acuerdo con el artículo 74 LDC.

La jurisprudencia ha dejado claro que las infracciones continuadas del derecho de la competencia que se extienden durante la vigencia de varias normas que establecen distintos plazos de prescripción están sujetas al plazo de prescripción de la norma vigente cuando termina la infracción. Cabe citar la reciente sentencia 1776/2020 de 17 de diciembre de 2020 de la Sala 3ª del Tribunal Supremo:

“La presente controversia se centra [...] en determinar el plazo de prescripción aplicable a una infracción continuada durante cuya comisión se produce una sucesión de normas que establecen distintos plazos de prescripción, y todo ello tomando en consideración el principio de irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables o restrictivas de derechos individuales del artículo 9.3 de la Constitución Española. [...]

La existencia de diferentes acciones que integran una infracción continuada no permite que se apliquen los diferentes plazos de prescripción previstos en las sucesivas normas vigentes, ni la aplicación de la norma existente cuando cesó la infracción implica una aplicación retroactiva de la misma. [...]

El cómputo del plazo de prescripción comienza cuando se comete la infracción y, tratándose de una infracción continuada, el dies a quo, no



viene determinado por la fecha en que comienza a perpetrarse la infracción sino por la fecha en la que se realizó la última infracción o cesó la conducta. [...]

Así se dispone a nivel normativo, en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia cuyo artículo 68 establece que "El término de la prescripción se computará desde el día en que se hubiera cometido la infracción o, en el caso de infracciones continuadas, desde el que hayan cesado". [...]

Es el momento en el que se puede iniciar el cómputo del plazo de prescripción -en el caso concreto de las infracciones continuadas, cuando cesa la infracción-, el que determina la norma y, por ende, el plazo de prescripción aplicable cuyo transcurso extingue la responsabilidad, pues solo a partir de ese momento la Administración puede ejercer sus potestades sancionadoras. [...]

Por otra parte, la aplicación del plazo de prescripción previsto en la norma vigente en el momento en que se consuma la infracción no implica una aplicación retroactiva de dicha norma, pues ni es posible escindir o descomponer el tracto de la infracción continuada en etapas o períodos, cada uno los cuales se rigen por una norma distinta o por un plazo de prescripción diferente (caso de que este se haya modificado durante el periodo en el que se cometió la infracción continuada) ni es posible aplicar el plazo de prescripción de una norma que ha quedado derogada a infracciones futuras.”

Esta sentencia se refiere a la prescripción de las infracciones continuadas del derecho de la competencia en el orden administrativo, pero su razonamiento es plenamente aplicable a las acciones de daños, pues también el artículo 74 LDC (daños) se refiere al cese de la infracción como *dies a quo* del plazo de prescripción. En el caso de autos, la infracción continuada de REPSOL CPP cesó – y los afectados conocieron que cesó – cuando ya estaba en vigor el artículo 74 LDC. Por tanto, el plazo de prescripción de la acción no se aplica retroactivamente, sino que simplemente es el establecido en el apartado 1 de dicho artículo: “La



acción para exigir la responsabilidad por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de las infracciones del Derecho de la competencia prescribirá a los cinco años”.

2.2.- Dies a quo del plazo de prescripción

El artículo 74.2 LDC dispone que el cómputo del plazo de prescripción comenzará cuando haya *“cesado la infracción del Derecho de la competencia y el demandante tenga conocimiento o haya podido razonablemente tener conocimiento de las siguientes circunstancias: a) La conducta y el hecho de que sea constitutiva de una infracción del Derecho de la competencia; b) el perjuicio ocasionado por la citada infracción; y c) la identidad del infractor”.*

Ciertamente, el artículo 74.2 LDC va más allá de lo exigido por el artículo 10.2 de la Directiva de Daños, según el cual los plazos de prescripción que establezcan los Estados miembros no pueden empezar a correr antes de que la infracción haya cesado y el demandante conozca o pueda razonablemente conocer, entre otras cosas, *“que la infracción del Derecho de la competencia le ocasionó un perjuicio”.* De acuerdo con el artículo 74.2 LDC, sin embargo, no basta que el demandante sepa o pueda saber que la infracción le causó un perjuicio, sino que es necesario que sepa o pueda conocer el concreto *“perjuicio ocasionado por la citada infracción”.* Esta diferencia entre lo mínimamente exigido por la Directiva de Daños y lo establecido en la LDC no es fortuita, sino que es coherente con la reiterada doctrina jurisprudencial sobre la prescripción de las acciones de responsabilidad extracontractual (en general y en el ámbito de los ilícitos concurrenciales en particular) según la cual el plazo de prescripción de cualquier acción de responsabilidad extracontractual comienza cuando el afectado *“disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar”* (SSTS Sala 1ª 199/2014 de 2 de abril de 2014, 544/2015 de 20 de octubre de 2015, 94/2019 de 14 de febrero de 2019 y 350/2020 de 24 de junio de 2020). En cuanto a los daños continuados, el Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que el plazo de prescripción de la acción no comienza hasta que los daños cesan y pueden cuantificarse de forma definitiva, pues es entonces - no antes -



cuando la acción puede ejercitarse (STS núm. 114/2019 de 20 de febrero de 2019), de forma que cuando hay “*daños continuados o de producción sucesiva*” el cómputo del plazo de prescripción de la acción no se inicia “*hasta la producción del definitivo resultado*” (SSTS 31/2004 de 28 de enero de 2004, 1255/2007 de 20 de noviembre de 2007, 538/2015 de 13 de octubre de 2015, 454/2016 de 4 de julio de 2016 y 45/2017 de 25 de enero de 2017).

Esto es así aunque se entendiera que, al contrario de lo que se ha fijado antes sobre el plazo prescriptivo, éste es el anual del artículo 1968.2 CC, como muestra la amplia jurisprudencia recaída en el caso del cártel de los camiones, que concluyen que el plazo de prescripción comenzó el 6 de abril de 2017 porque fue la fecha en que, habiendo cesado ya la infracción (terminó en 2011), se publicó la decisión de la Comisión Europea que permitió a los afectados conocer la duración de la infracción y el alcance total del daño sufrido.

De acuerdo con lo expuesto, el plazo de prescripción (cinco años) de la acción ejercitada no comenzó hasta el 22 de julio de 2020, cuando se publicó la Resolución de 12 de junio de ese año en el exp. VS/652/07 REPSOL/CEPSA/BP, pues sólo entonces fue posible conocer con certeza que la infracción había cesado, hasta cuándo había durado y, en consecuencia, calcular el daño sufrido. La acción ni siquiera estaría prescrita aunque se tomara la fecha en que, según esa resolución, cesó la infracción de REPSOL CPP, el 22 de octubre de 2019, a pesar de que entonces esa circunstancia era desconocida para los afectados, pues no han transcurrido cinco años desde esa fecha. Y de entenderse que el plazo era anual, el artículo 74.3 LDC establece que el plazo de prescripción “*se interrumpirá si una autoridad de la competencia inicia una investigación o un procedimiento sancionador en relación con una infracción del Derecho de la competencia relacionados con la acción de daños*”, de forma que el plazo de prescripción de la acción contra REPSOL CPP quedó interrumpido el 18 de septiembre de 2020, cuando la Dirección de la Competencia de la CNMC incoó el procedimiento sancionador que dio lugar a la Resolución de 15 de diciembre de 2020 (SNC/DC/054/20 REPSOL), un procedimiento que debe entenderse “relacionado con la



acción de daños”, pues la propia CNMC afirma que lo incoó “*por incumplimiento de las resoluciones del Consejo de la CNC de 30 de julio de 2009 (expediente 652/07 REPSOL/CEPSA/BP) y de la CNMC de 20 de diciembre de 2013 (expediente VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP)*”.

TERCERO. – Sobre los daños causados al actor y su prueba. Vigencia del principio comunitario de efectividad.

Aunque como se dijo la demanda resulta muy imprecisa en parte de sus alegatos y argumentos, se entiende que ha cumplido finalmente con lo que cabe exigir al actor. Es cierto que, como señala la parte demandada, se ha estado errando al referirse el demandante a la infracción descrita anteriormente como un cártel, pues la Resolución de 2009 no sancionó por ello, no siendo de aplicación el régimen legal y jurisprudencial dictado para ese tipo de restricciones a la competencia. También es cierto que no ha quedaba claro en la primera parte del procedimiento qué acción se ejercitaba, pues de tratarse de una pura y dura acción follow on (posterior a la sanción administrativa firme, como reflejan las Conclusiones del AG en el caso expuesto C-25/21 del TJUE), esto es, una acción resarcitoria pretendidamente sustentada en la mera eficacia irrefutable de la resolución administrativa, obligada sería la desestimación, como con razón hizo el Juzgado de lo Mercantil nº 17 de esta Ciudad en su sentencia de fecha 1 de septiembre de 2022 en un caso idéntico frente a CEPSA, o la SAP Madrid Secc. 32ª de 8 de noviembre de 2023: si la carga de la prueba corresponde al actor y no se acredita stand alone que el periodo de infracción se ha extendido más allá de julio de 2009 hasta 2020, es decir, si no se acredita en qué medida el cumplimiento parcial de las obligaciones a las que estaban sometidas las entidades sancionadas (y, en concreto, REPSOL como entidad demandada), tuvo efectos en la afectación de la competencia, y sólo se presenta como base irrefutable para el resarcimiento el contenido de unas resoluciones de vigilancia, la acción es inviable, sin perjuicio de su prescripción.

Sin embargo, a diferencia de los casos resueltos en estos antecedentes (de hecho, con la misma defensa letrada), en el caso presente la acción ya no se ha planteado como una acción follow on, sino como una acción híbrida, tal y como expresa el demandante en sus conclusiones. Y debe aceptarse que



tal calificación recoge la peculiaridad de estas reclamaciones de los transportistas afectados por el sobrecoste que la infracción anticompetitiva de REPSOL CPP generó: por un lado, el carácter irrefutable de los hechos que determinaron la infracción que sancionó la Resolución de 2009, esto es, el carácter irrefutable de la fijación indirecta de los precios, permite sostener una acción follow on hasta el 30 de julio de 2009; pero la continuidad de la infracción antitrust hasta octubre de 2019 – o hasta el 31 de diciembre de 2018, fecha final de la reclamación de daños del actor – exige una acción stand alone que no de por supuesta la infracción. Así en efecto se desprende de lo establecido por la Audiencia de Madrid en la sentencia antes mencionada de 8 de noviembre de 2023.

Entender que la demandante debe asistir a la desestimación de la demanda porque no ha sido precisa a lo largo del proceso en la calificación nominal de la misma se reputa excesivo y contrario al principio de efectividad, suficientemente enfatizado por la misma SAP Madrid Secc. 32ª de 8 de noviembre de 2023. Aun cuando la distinción de acciones follow on y stand alone es una distinción meramente doctrinal que no se traduce en un diferente tratamiento normativo en cuanto al nacimiento de la acción, sino que el diferente tratamiento lo es en relación a la necesidad de prueba del perjudicado de los hechos objeto de infracción, es relevante la interpretación del abogado general (Sr. Giovanni Pitruzzella) en sus conclusiones presentadas el 8 de septiembre de 2022 con ocasión de la cuestión prejudicial C-25/21, planteada por este mismo Juzgado, donde se señala a propósito de la distinción entre las «acciones independientes» (o «acciones stand alone») y las «acciones de seguimiento» (o «acciones follow-on»):

“33. Aunque en el contexto del "private enforcement" del Derecho de la competencia esta distinción se utiliza con frecuencia en la práctica (14), no existe en el Derecho de la Unión una definición legal precisa de estos dos tipos de acciones. Así, la Directiva 2014/104 no se refiere expresamente a esta distinción, ni tampoco a los dos tipos de acciones. Las únicas referencias a la distinción entre las acciones «stand-alone» y las acciones «follow-on» se encuentran en ciertos documentos preparatorios de la Comisión relativos a la adopción de esta Directiva (15).



34. *De estos documentos y de la utilización de estos conceptos en la práctica resulta que las "acciones independientes" (o "acciones stand-alone") son las acciones civiles, concretamente por daños (16), ejercitadas ante un órgano jurisdiccional sin que previamente una autoridad de la competencia haya adoptado una resolución. Las "acciones de seguimiento" (o "acciones follow-on"), en cambio, son las acciones civiles que subsiguen a la constatación, por parte de una autoridad de la competencia, de una infracción del Derecho de la competencia.*

35. *De ello se sigue que la dicotomía entre acciones de tipo "follow-on" y acciones de tipo "stand-alone" se refiere a una distinción entre acciones civiles ejercitadas para obtener ante el juez de lo civil el reconocimiento de consecuencias jurídicas, en las relaciones entre particulares, resultantes de una infracción de las normas de competencia -en particular, el resarcimiento del perjuicio sufrido a consecuencia de dicha infracción- en función de si se ha constatado o no previamente la infracción en una resolución de una autoridad de la competencia."*

La expresión en la demanda del tipo de acción, en todo caso derivada de una resolución de la autoridad de competencia, por tanto, no tiene más incidencia que hacer o no una definición correcta: y lo relevante es determinar qué grado de prueba ha proporcionado la parte actora según la carga de la prueba que le incumba, pues no se aplicará un régimen de irrefutabilidad simplemente por el nomen iuris de la acción. Equivocar esa definición no debe conllevar la desestimación, pues ello contraría el principio de efectividad, respecto al cual el TJUE es igualmente explícito. No se trata de declaraciones meramente programáticas, sino directas, concretas y vinculantes. La STJUE de 20 de abril de 2023 señaló lo siguiente:

"Según reiterada jurisprudencia, al igual que impone cargas a los particulares, el Derecho de la Unión también genera derechos que entran a formar parte de su patrimonio jurídico. Estos derechos se crean no solo cuando los Tratados los atribuyen de modo explícito, sino también debido a obligaciones que estos imponen de manera bien definida tanto a los



particulares como a los Estados miembros y a las instituciones de la Unión (sentencia de 11 de noviembre de 2021, Stichting Cartel Compensation y Equilib Netherlands, C-819/19, EU:C:2021:904, apartado 47 y jurisprudencia citada).

Procede recordar que los artículos 101 TFUE, apartado 1, y 102 TFUE producen efectos directos en las relaciones entre particulares y crean derechos en favor de los justiciables que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar (sentencia de 14 de marzo de 2019, Skanska Industrial Solutions y otros, C-724/17, EU:C:2019:204, apartado 24). La plena eficacia de estas disposiciones y, en particular, el efecto útil de las prohibiciones establecidas en ellas se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la competencia (véanse, en este sentido, las sentencias de 14 de marzo de 2019, Skanska Industrial Solutions y otros, C-724/17, EU:C:2019:204, apartado 25, y de 28 de marzo de 2019, Cogeco Communications, C-637/17, EU:C:2019:263, apartado 39).

En efecto, las acciones de indemnización de daños y perjuicios por infracción de las normas de competencia de la Unión ejercitadas ante los órganos jurisdiccionales nacionales garantizan la plena eficacia del artículo 101 TFUE, en particular el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1, y refuerzan así la operatividad de las normas de competencia de la Unión, dado que pueden desalentar los acuerdos o prácticas, a menudo encubiertos, que puedan restringir o falsear el juego de la competencia (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de noviembre de 2021, Stichting Cartel Compensation y Equilib Netherlands, C-819/19, EU:C:2021:904, apartado 50 y jurisprudencia citada).

Como ha señalado el Abogado General, en esencia, en el punto 82 de sus conclusiones, lo mismo cabe decir de las acciones de nulidad entabladas al amparo del artículo 101 TFUE, apartado 2.

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, EU:C:2021:904, apartado 49 y jurisprudencia citada) ”.

Es con esta perspectiva, junto al indudable componente disuasorio de la aplicación privada del Derecho de la competencia, que se valora la prueba practicada. En ese sentido, se consideran suficientemente probados los hechos constitutivos de la pretensión del actor: las Resoluciones de vigilancia de la CNMC en el asunto de autos no pueden ser despreciadas como algo sin valor alguno, pues indican, como un instrumento de prueba privilegiado, apoyado en las exhaustivas investigaciones de dicha autoridad, que la infracción continuaba viva y no había cesado hasta octubre de 2019. Este razonamiento debe reputarse lógico, razonable y en modo alguno arbitrario, pues debe asumirse que continua lo que no cesa. Y siendo así, la prueba pericial de la parte demandante, elaborada por el equipo técnico de la Universidad de Granada, muestra que esta continuidad en la infracción generó un sobre coste en el precio del combustible que el actor repostó. La prueba opuesta por REPSOL CPP, elaborada por Compass Lexicon, se caracteriza por ser una contrapericial, es decir, orientada a destruir y criticar la prueba de contrario, deteniéndose en afirmar que no existe daño alguno o que el daño reclamado no puede ser aceptado por derivar de métodos o modelos inapropiados. No se ha aportado evidencia que demuestre qué efecto concreto tuvo en los precios el cumplimiento parcial en 2017 o 2020 de la intimación contractual hecha por la autoridad en 2009, o el efecto conjunto en el sector de las decisiones contractuales de las sociedades sancionadas.

Fue el Consejo de la CNC en la Resolución de 30 de julio de 2009 el que indicó para tomar referencia de si una determinada estación de servicio aplica o no precios máximos /recomendados debe usarse el precio de venta al público que aparece en el surtidor y en el monolito, que es el que observa el consumidor y sobre el que se aplica los descuentos. Y en este sentido,



como vimos, la CNC concluyó que REPSOL CPP fijaba por medios indirectos el PVP de los combustibles y carburantes a los distribuidores independientes de su red abanderada a pesar del reconocimiento expreso por la demandada al titular de la estación de servicio de la posibilidad de hacer descuentos, bien en el contrato, bien mediante carta, y a pesar de la realización de descuentos a través de las tarjetas de pago y fidelización. Solo por esta razón cabe concluir que la pericial de la demandada desenfoca el análisis.

Valorando ambos informes con arreglo a la sana crítica (art. 385 LEC), resulta más sólido y ajustado a los propios criterios de la CNMC el de la parte demandante, por lo que se estimará demanda siguiendo sus conclusiones en lo que hace a la existencia del daño y su cuantía.

SEPTIMO. - No procede hacer condena en costas, al estimar que concurren serias dudas de hecho y de derecho, que la demandante no ha ayudado a despejar (art. 394 LEC).

En virtud de los hechos y fundamentos de derecho expuestos, de las pruebas analizadas y de los preceptos citados,

FALLO

Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Dña. Lucía Jurado Valero, en nombre y representación de D. [REDACTED], contra la compañía mercantil REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS S.A. (REPSOL CPP), representada por el Procurador de los Tribunales D. Joaquín Fanjul de Antonio,

- 1.- Declaro que la entidad mercantil demandada es responsable de los daños sufridos por el actor como consecuencia de la infracción de normas de competencia derivada de las prácticas prohibidas de los artículos 1 de la LDC y 81.1 del TCE, ahora art. 101 del TFUE, de fijación indirecta de precios de venta al público



continuada en el tiempo y declarada probada en este procedimiento.

- 2.- Condeno en consecuencia a la demandada a pagar al actor la cantidad de 16.380'09 euros, más intereses legales desde la demanda.
- Sin expresa condena en costas.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de APELACIÓN en el plazo de VEINTE DIAS, ante este Juzgado, para su resolución (artículos 458 y siguientes de la L.E.Civil), previa constitución de un depósito de 50 euros, en la cuenta 2257-0000-04-0013-22 de este Órgano.

Si las cantidades van a ser ingresadas por transferencia bancaria, deberá ingresarlas en la cuenta número IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, indicando en el campo beneficiario Juzgado de lo Mercantil nº 02 de Madrid, y en el campo observaciones o concepto se consignarán los siguientes dígitos 2257-0000-04-0013-22

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

El/la Juez/Magistrado/a Juez

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.





Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia Proc. Ordinario firmado electrónicamente por ANDRÉS SÁNCHEZ MAGRO