



Roj: SAP [REDACTED]

Id Cendoj: 28079370282024100784

Órgano: Audiencia Provincial

Sede: Madrid

Sección: 28

Fecha: 05/07/2024

Nº de Recurso: 2656/2022

Nº de Resolución: [REDACTED]

Procedimiento: Recurso de apelación

Ponente: [REDACTED]

Tipo de Resolución: Sentencia

## AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

### SECCIÓN 28ª (de lo mercantil)

C/ Santiago de Compostela nº 100, Planta 9ª -

28035 MADRID.-

Tfno.: 914931988

37007740

N.I.G.:28.079.00.2-2021/0469509

Rollo de apelación nº [REDACTED]

**-Materia:** Defensa de la competencia, fijación de precios, daño, acción de continuación de resoluciones sancionadoras de las Autoridades de la Competencia.

**-Autos de origen:** Juicio ordinario [REDACTED]

Procurador/a: Dª [REDACTED]

Letrado/a: D. [REDACTED]

**-Parte Apelada:** CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO S.A.U. (antes CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A.)

Procurador: D. [REDACTED]

Letrado: D. [REDACTED]

**SENTENCIA nº [REDACTED]**

*Ilmos Srs. Magistrados:*

D. [REDACTED]

D. [REDACTED]

D. [REDACTED] (ponente)

En Madrid, a 5 de julio de 2024.

La Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de lo mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados arriba indicados, ha visto en grado de apelación, bajo el número de rollo [REDACTED], los autos [REDACTED], provenientes del Juzgado de lo Mercantil número 17 de Madrid, en materia de Derecho de la competencia, en acción de daños derivados de cartel, por seguimiento de sanciones impuestas por las Autoridades de la competencia.



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

### ANTECEDENTES DE HECHO

(1).-La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del siguiente tenor: "FALLO:

*"DESESTIMO la demanda presentada por D<sup>a</sup> Lucía Jurado Valero en nombre y representación de [REDACTED] contra CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO S.A.U. y ABSUELVO a la parte demandada de todos los pedimentos que en su contra pudieran derivarse de este procedimiento.*

*CON IMPOSICIÓN de costas a la parte demandante".*

(2).-Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada 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 4/07/2024.

Ha intervenido como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. [REDACTED].

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### Contexto relevante de la controversia que resulta de la primera instancia.

(1).-Se presentó escrito de demanda por parte de [REDACTED], como parte actora, frente a CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO SAU, parte demandada, en la que se deducían acciones de Derecho de la competencia, para instar el resarcimiento de daños y perjuicios por imposición de precios de venta de carburantes para automoción. Ello dio lugar al proceso seguido como Juicio Ordinario ante el Juzgado Mercantil N° 17 de Madrid, en el que se dictó Sentencia con los pronunciamientos del Fallo por los que se desestima íntegramente la demanda y se imponen las costas procesales a la parte actora.

(2).-Para ello, la Sentencia ahora apelada se basa esencialmente en que por [REDACTED] se sostiene que ha sufrido daños en la suma de 6.299€, causados por tener que adquirir en los años 2012 a 2018 gasóleo de automoción a un precio superior que el que hubiera existido de no haberse producido entre los años 2007 y 2020 un comportamiento anticompetitivo de CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO SAU, al fijar de manera indirecta el precio de venta al público de aquel carburante en su red de estaciones de servicio, tanto a agentes propios de reventa como a empresarios independientes bajo la relación de comisión. Ello se produjo, según la demanda, al realizarse un alineamiento de precios entre las principales suministradoras de dichos carburantes, que siguieron unas prácticas concertadas para poder imponer de manera indirecta los precios, que se formulaban aparentemente como máximos recomendados, pero en la práctica se convertían en precios fijos impuestos.

Continúa la Sentencia indicando que la demanda se sustenta en la Resolución sancionatoria de la CNC de 30 de julio de 2009, y en las posteriores resoluciones tanto de la CNC como, después, de la CNMC sobre el incumplimiento sistemático y mantenido de los deberes que aquella primera resolución impuso a esas suministradoras, hasta que en el año 2020 terminaron por ejecutar dichas medidas, cuyo fin no era otro que impedir aquella fijación indirecta de precios.

La acción aquí ejercitada es de tipo *follow on*, esto es, basada estrictamente en los hechos fijados en decisiones de las Autoridades de la Competencia para sancionar infracciones de mercado, a las que ahora se pretende aparejar la indemnización de un daño en Derecho privado, señala la Sentencia apelada. No obstante, sigue esa resolución, tras el año 2009 solo concurren resoluciones de vigilancia de cumplimiento, no de tipo sancionatorio, y la jurisprudencia ha señalado el carácter de esta clase de resoluciones para descartar que son las únicas que fijan infracciones de mercado de las indicadas en los art. 101 TFUE y 1 LDC; a ello se une que la parte actora no formula argumentación alguna sobre la existencia de la actividad cartelizada más allá del año 2009 fuera del contenido de aquellas resoluciones de vigilancia, infracción que tampoco se acredita en su informe pericial, por lo que no es posible estimar la demanda.

#### Conformación del objeto de la segunda instancia.

(3).-Por [REDACTED] se interpone recurso frente a dicha Sentencia del Juzgado Mercantil N° 17 de Madrid, contra todos sus pronunciamientos, y en el que insta la completa revocación de aquella, para dar lugar a la estimación de su demanda.



Para ello, el recurso de apelación de se sustenta, aquí resumidamente para su mera presentación, en los motivos de infracción de normas sobre prescripción; error en la carga y valoración de prueba; error en la valoración jurídica de los hechos probados; e infracción de normas sobre costas procesales.

(4).-Por parte de CEPESA COMERCIAL PETRÓLEO SAU se presentó escrito de oposición a la apelación formulada de contrario, por el cual solicitó la desestimación del recurso de apelación, con imposición de costas de alzada, para lo que se remitió a los argumentos expuestos en su contestación a la demanda y a los propios de la Sentencia apelada.

**Motivo primero: sobre la prescripción de la acción.**

*Formulación del motivo.*

(5).-Indica el recurso de [REDACTED], en el ap. 6º de su escrito de apelación, f. 28 y ss., que la Sentencia ha infringido el plazo para el ejercicio de la acción aquí entablada, puesto que el plazo aquí aplicable debe ser el del nuevo régimen previsto para las acciones civiles resarcitorias interpuestas a continuación de sanciones firmes de las Autoridades de la competencia, ya que lo relevante es el momento en que terminó el comportamiento antijurídico de la parte demandada. Así, señala, al tratarse de una infracción continuada, el dato temporal que debe fijar el régimen legal aplicable es el del cese de tal conducta, bajo la doctrina civilista de la *actio nata*, conforme a la jurisprudencia. De no ser así, concluye, se estaría vulnerando el principio de efectividad del Derecho de la Unión en cuanto al acceso al pleno resarcimiento de los perjudicados por un cártel sancionado en modo firme.

*Valoración del tribunal.*

(6).-La Sentencia apelada no contiene pronunciamiento alguno sobre la prescripción de la acción entablada por [REDACTED], pese a que se alegó en contestación por parte de CEPESA COMERCIAL PETRÓLEO SAU, pero no ha sido tratado en la resolución apelada y no se ha solicitado complemento alguno de la Sentencia en ese sentido. Por ello, este motivo de recurso no puede vincularse con pronunciamiento o fundamento alguno de la resolución apelada. No puede ser objeto de examen en la segunda instancia, por tanto.

**Motivo segundo: infracción del estándar probatorio exigible al no atender al informe pericial de la parte actora.**

*Contenido del motivo.*

(7).-Entiende el escrito de apelación de [REDACTED] que la Sentencia, al no entrar a conocer del contenido del informe pericial aportado por esa parte, ha infringido la doctrina jurisprudencial sobre el estándar de prueba exigible a la parte actora, como perjudicada por el sobreprecio impuesto a los carburantes distribuidos por los agentes sancionados por la Autoridad nacional de la competencia. Así, continúa el recurso, los principios de igualdad y tutela judicial efectiva imponían a la Juez a *quo* examinar la prueba pericial aportada para constatar que la parte actora ha superado el estándar de prueba requerido para fijar a su favor una indemnización por el daño causado por el cártel. En tal sentido, el informe pericial aportado por esa parte cumple no solo con dicha exigencia mínima, sino que es perfectamente sistemático, basado en gran extensión de datos y elaborado conforme a la ciencia econométrica como para individualizar el daño causado.

*Valoración del tribunal.*

(8).-Sin perjuicio de lo que finalmente pueda resultar de otros motivos de recurso que pudieran conducir a la necesidad de examinar la prueba pericial aportada, no es posible afirmar en ningún caso que la Sentencia recurrida infringe la doctrina jurisprudencial sobre el estándar probatorio mínimo exigible en las acciones indemnizatorias, ya que simplemente el análisis de la resolución no ha tenido necesidad de llegar hasta el punto tener que examinar dicha prueba para comprobar si se superaba o no aquel listón.

Ello es así porque la Sentencia, con carácter previo y necesario a dicho paso en el análisis del objeto del litigio, ha llegado a la conclusión de que no existe prueba alguna del daño invocado por [REDACTED], de acuerdo con los términos de la acción de seguimiento entablada, esto es, el periodo probado de infracción y el alegado de producción de los concretos daños a esa parte actora. Por tanto, si se considera que no existe daño alguno, no es posible ni necesario ya examinar la prueba sobre la individualización de aquel daño invocado y no probado, plano este donde opera la citada doctrina sobre el estándar de prueba sobre el alcance del daño previamente acreditado. Esa lógica interna a la Sentencia hace ya ocioso por completo el examen de dicha prueba, sin que existe vulneración alguna de aquel principio.

Lo anterior, se reitera, sin perjuicio de que, al analizar el resto de los motivos de recurso, pueda conducir a la conclusión de que sí existió aquel daño, en cuyo caso procedería, ahora sí, el examen de la prueba sobre su



cuantificación. Pero ello resultaría de un error sobre valoración de hechos y prueba, no de la directa vulneración de aquel principio sobre el estándar probatorio.

**Motivo tercero: error en la valoración de la prueba sobre la existencia del daño.**

*Presentación del motivo.*

(9).-A lo largo de varias alegaciones separadas y numeradas correlativamente, el escrito de apelación de Luis María recoge lo que son distintos argumentos y formulaciones que giran siempre entorno a una misma cuestión, el error padecido en la Sentencia recurrida sobre los hechos que debían probarse y la valoración de la prueba practicada. Por ello, el tribunal considera mejor el examen de aquellas alegaciones bajo la perspectiva de un mismo motivo de apelación, sin perjuicio de respetar su integridad argumental.

Entiende el recurso que debe tenerse por probado el daño como derivado inmediato de la infracción del Derecho de la competencia que fue apreciada por la Resolución de la antigua Comisión Nacional de la Competencia, de fecha 30 de julio de 2009, sobre concertación de precios de hidrocarburos para la automoción entre CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO SAU, Repsol y BP, mediante forma indirecta a empresarios independientes que actuaban bajo el abanderamiento de cada una de aquellas suministradoras, sanción confirmada en vía contencioso-administrativa por la jurisdicción. Junto con ello, continúa el escrito, la Comisión Nacional de la Competencia impuso a las cías. sancionadas unos deberes de conducta para eliminar aquella práctica restrictiva de la competencia, mediante el apartamiento de los mecanismos por los que la aparente recomendación de precios máximos terminaba por convertirse en una imposición de precios para los distribuidores, titulares de las estaciones de servicio de venta de combustibles, y de éstos a los clientes finales. Dichos mecanismos, explica, eran sustancialmente determinadas cláusulas contractuales de imposición de precio de adquisición y sobre comisiones y márgenes para el distribuidor.

Para observar el cumplimiento de tales deberes, sigue el recurso, la Dirección de Investigación de la citada CNC abrió expediente de vigilancia, donde tras diversas actuaciones, se constató que CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO SAU, así como otras sancionadas, no había ajustado su comportamiento a aquellas exigencias, lo que terminó por causar la Resolución de 20 de diciembre de 2013, en la que constata aquellos incumplimientos, plenamente confirmada en vía jurisdiccional contencioso-administrativa. Es más, añade, por la CNC se dictó finalmente nueva Resolución sancionatoria contra aquellas incumplidoras en fecha de 29 de enero de 2015, incluida CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO SAU, confirmada por la Sala contencioso-administrativa de la Audiencia Nacional; y a ello han seguido nuevas resoluciones, de 27 de julio de 2017, donde constata que no es posible acreditar el cumplimiento de aquellos mandatos impuestos a las suministradoras, y de 21 de junio de 2020.

A partir de todo ello, considera el recurso de [REDACTED] que los principios de equivalencia y efectividad del Derecho de la Unión imponen observar el valor probatorio de aquellas resoluciones firmes dictadas por la Autoridad nacional de la Competencia, en el sentido de constituir indicio bastante de la infracción concurrencial por fijación indirecta de precios de venta al público en la red abanderada por la demandada, ya que casi el 60% de los contratos de CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO SAU con sus distribuidores independientes seguía en marzo de 2019 sin ajustarse a las imposiciones de la resolución sancionatoria de 2009. Una vez presumida así la imposición de precios, ya que justamente a ello se dirigían las medidas impuestas por la resolución inicial y no adoptadas por las sancionadas, indica el escrito de recurso, no cabe sino concluir la producción de un daño a los adquirentes finales del combustible, al haber pagado más por ese suministro que el que hubieran debido satisfacer en un mercado libre de aquella infracción.

Nada de ello puede considerarse alterado por la entrada en vigor de la Ley 11/2013, puesto que las medidas que debían observarse por las suministradoras sancionadas no estaban afectadas por esa norma, concluye el recurso. Además, señala, debe presumirse el daño causado por la infracción concurrencial constatada en las citadas resoluciones, por aplicación no ya del art. 1902 CC, sino directa del art. 101 TFUE con los principios que lo inspiran.

*Valoración del tribunal.*

(10).-Como ya más arriba se expuso, la demanda de [REDACTED] reclama por los daños que considera le fueron causados por la adquisición de combustibles para automoción en estaciones de servicios abanderadas por CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO SAU, durante los años 2012 a 2018. Tales daños derivarían, según esa demanda, del comportamiento anticompetitivo observado por esa suministradora junto con otras, consistente en imponer de manera indirecta los precios de venta al público de los hidrocarburos a los empresarios independientes titulares de las diferentes estaciones de servicio.

Para sostener esa tesis, considera la demanda que tal infracción concurrencial se habría prolongado desde el año 2007 al 2020, de manera que abarcaría el periodo temporal donde [REDACTED] adquirió aquel combustible.



Para probar tal infracción, la demanda se basa en la Resolución sancionatoria de la CNC de 30 de julio de 2009, que apreció con carácter firme aquel comportamiento anticompetitivo en los años previos, desde el 2007. En cuanto al periodo posterior, justamente relevante en este concreto litigio, por ser aquel en el que se afirma producido el daño, la demanda considera que cuando por CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO SAU se incumplieron las medidas adicionales acordadas en esa resolución para poner fin a la práctica sancionada, incumplimiento también sancionado con carácter firme, ello debe suponer necesariamente que se continuó probadamente en la infracción inicial, esto es, imponer los precios de manera indirecta, hasta el año 2020.

(11).-No existe controversia alguna ya en esta segunda instancia sobre que el tipo de acción ejercitada en la demanda de [REDACTED] es resarcitoria de continuación o seguimiento de sanciones administrativas impuestas por las autoridades de la competencia, conocidas como acciones *follow on*, como ha calificado jurídicamente la Sentencia recurrida sin que ello sea discutido por las partes.

Por lo demás, ello es evidente si se atiende al contenido de la demanda de [REDACTED], en toda su extensión, por su basamento exclusivo en el plano fáctico de los hechos fijados por las resoluciones de la CNC citadas y reproducidas en la misma; y de modo particular en la redacción de su Suplico, con la petición de declaración como responsable de daños contra la demandada por las infracciones "*declaradas probadas por la CNC en expediente (...)*".

Esa calificación de acción de continuación, *follow on*, tiene sus consecuencias en cuanto al régimen jurídico al que pretende sujetarse, sustancialmente integrado por el pleno favorecimiento para la parte actora de aquello que se recoge fácticamente en las resoluciones sancionatorias firmes de la autoridad de la Competencia, pero también por el disfavor de no alcanzar a lo que no está comprendido en dichas resoluciones.

Conforme a dicha tipología de acción, y por diferencia a las acciones independientes declarativas de infracción, *stand alone*, no se solicita que el tribunal constate la existencia de una infracción de los arts. 1 LDC y 101 TFUE, sino que lo perseguido es solo la fijación del resarcimiento del daño a partir de tener por acreditada la conducta ilícita exigida por una acción aquiliana, con fundamento en la existencia de una Decisión firme de la CNMC, la cual ya establece los hechos infractores de la competencia.

Por supuesto, la consideración jurídica de la acción entablada por [REDACTED] como de resarcitoria de continuación, *follow on*, es plenamente admisible pese a que los hechos enjuiciados se produjeron con anterioridad al alumbramiento del actual régimen legal sobre ese tipo de acciones, derivado de la *Directiva UE 2014/104* y su transposición al Derecho español por el *RD-Ley 9/2017, de 26 de mayo*.

Con anterioridad a ese nuevo régimen jurídico, ya se establecía el efecto vinculante de las decisiones de la Comisión respecto a la existencia de la infracción, bajo la denominada regla de supremacía, al establecer el art. 16 del *Reglamento 1/2003, en 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 en la *STJCE de 13 de abril de 1994, as. C-128/1992, "Banks" (22-23)*, aun referida específicamente para las resoluciones de la Comisión Europea.

Pese a ello, hasta la *Directiva 2014/104/UE*, art. 9, no se recogía la imperatividad del efecto irrefutable de la fijación de hechos recogida en resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional nacional de conformidad con los artículos 101 o 102 del TFUE o el Derecho nacional de la competencia, luego incorporado al art. 75 LDC.

En ese marco, entre la previa vinculación y la posterior irrefutabilidad, la jurisprudencia producida bajo el anterior régimen para esta clase de acciones se había pronunciado sobre aquel efecto. Así, la *STS nº 651/2013, de 7 de noviembre*, sobre el denominado cártel del azúcar, señala que:

«Esta vinculación a los hechos considerados probados en anteriores resoluciones judiciales (en este caso, la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo (JUR 2006, 283035) que confirmó la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia) tiene mayor sentido aun en un sistema como el del art. 13.2 de la Ley 16/1989 (RCL 1989, 1591), de Defensa de la Competencia, que es calificado como de "*follow on claims*", en el que los perjudicados ejercitan la acción de indemnización de daños y perjuicios una vez que ha quedado firme la sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa que ha decidido si concurría la conducta ilícita por contravenir la Ley de Defensa de la Competencia, para lo cual era preciso partir de los hechos constitutivos de la conducta calificada como ilícita por anticompetitiva. La empresa demandada ha tenido plenas posibilidades de defensa y las ha ejercitado tanto ante el Tribunal de Defensa de la Competencia que instruyó y resolvió el expediente administrativo como ante los órganos judiciales contencioso-administrativos ante los que recurrió, por lo que ninguna indefensión le produce la vinculación de la jurisdicción civil, en los términos que se ha expresado, a los hechos constitutivos de la conducta anticoncurrencial y la consideración de su gravedad, tal como han sido fijados por la sentencia firme recaída en vía contencioso-administrativa»





Específicamente respecto de ese efecto vinculante de las resoluciones de las Autoridades nacionales de la competencia, dado su carácter administrativo, señaló la STS 634/2014, de 9 de enero de 2015, que:

*«Bajo la normativa actualmente en vigor, no existe ninguna norma legal que, de forma equivalente al art. 16.1 RCE 1/2003 respecto del carácter vinculante de las decisiones de la Comisión Europea, disponga que las resoluciones dictadas por las autoridades nacionales, en nuestro caso la Comisión Nacional de la Competencia (en la actualidad, Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia), vinculen necesariamente al tribunal del orden jurisdiccional civil en el enjuiciamiento de las acciones civiles basadas en las mismas conductas, en este caso en la apreciación de la nulidad del pacto contractual declarado contrario a la Competencia. Una decisión de la Comisión Nacional de la Competencia como la que dictó el 14 de abril de 2010 es un acto administrativo, sujeto a ese régimen, que no impedía a la jurisdicción civil el enjuiciamiento sobre la misma cuestión, aunque pudiera constituir un instrumento de convicción de gran autoridad. Pero como la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la ilicitud del pacto entre empresas contenido en la cláusula quinta del contrato fue objeto de recurso contencioso-administrativo, la resolución judicial firme que lo resuelve sí vincula al tribunal civil (incluye el mercantil, en cuanto forma parte de este orden jurisdiccional civil) que debe pronunciarse sobre la nulidad de aquella cláusula. Esta previa resolución contencioso administrativa produce un efecto condicionante o prejudicial para el posterior enjuiciamiento del tribunal civil».*

Por tanto, en el régimen legal aquí aplicable a la acción entablada por [REDACTED], ha de afirmarse que los tribunales civiles han de tomar en consideración los hechos declarados probados en resoluciones firmes dictadas por tribunales de una jurisdicción distinta, en este caso las sentencias que revisaron la resolución administrativa, de modo que sólo pueden separarse de tales hechos exponiendo las razones y fundamentos que justifiquen tal divergencia.

(12).-Sentado lo anterior, se revela la imperiosa necesidad de acudir al contenido de las resoluciones firmes de la CNC invocadas por [REDACTED], a fin de partir de ellas para examinar la conclusiones que persigue la demanda, siempre bajo la premisa del citado tipo de acción ejercitada, de resarcitoria de continuación.

El acto administrativo básico del que parte la reclamación es la Resolución sancionadora de la CNC de fecha 30 de julio de 2009. En la citada Resolución la autoridad nacional de competencia consideró acreditada la infracción del art. 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y del artículo 81.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, por parte de tres operadoras de productos petrolíferos, CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO SAU, Repsol y BP Oil España, al haber fijado indirectamente el precio de venta al público a empresarios independientes titulares de estaciones de servicio que operaban bajo su bandera; con el efecto de restringir la competencia entre las estaciones de servicio de su red y entre el resto de estaciones de servicio.

A dicha calificación sancionadora llegó la entonces Comisión Nacional de Competencia, siguiendo las siguientes conclusiones alcanzadas por la Dirección de Investigación, que había incoado de oficio expediente sancionador contra las tres operadoras el 30 de julio de 2007, por la fijación indirecta de precios de suministro del combustible. De acuerdo con la Dirección de Investigación: "(1) Según los datos acreditados, más del 80% de la red de distribución de carburantes al por menor en el mercado español sigue el precio máximo/recomendado que las operadoras de su bandera les comunican. (2) Los precios minoristas revelan escasa variabilidad en los entornos competitivos, lo que refleja las escasas presiones competitivas, tanto intramarca como intermarca. (3) Que las causas de los problemas de competencia radican no solo en el nivel de concentración, sino en la existencia de determinadas prácticas verticales, que, si bien en otro contexto resultarían inocuas para la competencia, tienen un efecto acumulativo claramente anticompetitivo derivado de su funcionamiento dentro de la red de cada operador y en el conjunto del haz de acuerdos formado por las tres redes que representan más de las 2/3 partes de la oferta nacional (41%, 18% y 8%). (4) Que a pesar de que ha sido acreditada la posibilidad física (con mayores o menores problemas de eficacia operativa) por parte de los distribuidores al por menor de combustibles de modificar los precios máximos/ recomendados, el hecho cierto es que estos distribuidores se alinean y aplican de forma prácticamente invariable los citados precios. (5) Que las razones que motivan dicho seguimiento se explican tanto por las características patrimoniales y de gestión de la red de EESS, donde los tres operadores en cuestión acumulan una elevada cuota de mercado y un porcentaje importante de EESS gestionadas directamente, como por la serie de prácticas analizadas."

La Resolución sancionadora 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, ya que así sucedía en más del 91% de las estaciones de servicio abanderadas por Repsol, en más del 95% de las abanderadas por CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO SAU 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.

En tal sentido, recoge la CNC en su Resolución que, tratándose de acuerdos de compraventa de bienes o servicios suscritos entre empresas que operan en niveles diferentes de la cadena de producción o distribución, debe ser aplicable el marco jurídico referente a las llamadas "restricciones verticales", y por tanto, el análisis desde la perspectiva de la defensa de la competencia de las relaciones verticales establecidas entre el operador de productos petrolíferos y los titulares de las estaciones de servicio objeto del expediente deben ser analizadas en el marco regulatorio configurado, en aquel momento de los hechos, por el *Reglamento (CE) n° 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999*, relativo a la aplicación del art. 81.3 TCEE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (el Reglamento), y por la Comunicación de la Comisión relativa a las Directrices relativas a las restricciones verticales, que establecen los criterios de aplicación del Reglamento (2000/ C 291/01 (Las Directrices).

Cabe recordar que el Reglamento (CE) n° 2790/1999 establecía en su art. 2 que aquellos acuerdos o prácticas concertadas entre empresas que operasen, a efectos del acuerdo, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refirieran a las condiciones en las que las partes pudieran adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios ("acuerdos verticales") y que cumplieran los requisitos establecidos en el art. 81.3 del TCE, serían exceptuados de las prohibiciones contenidas en el art. 81.1 del TCE. Y en su art. 4.a) añadía que " *La exención prevista en el artículo 2 no se aplicará a los acuerdos verticales que, directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores bajo control de las partes, tengan por objeto: a) la restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes.*"

Prohibición que está igualmente presente en el vigente *Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 2022* relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (art. 4 a). Se trata ésta de una restricción especialmente grave que determina la inaplicación de la exención por categoría dispuesta en el mencionado Reglamento al entero acuerdo y que se refiere a la imposibilidad de fijar precios de reventa; esto es, a la imposibilidad de establecer precios de reventa fijos o mínimos o un nivel de precio fijo o mínimo al que ha de ajustarse el comprador. Ahora bien, la prohibición igualmente alcanza a los precios máximos o recomendados (en principio, admitidos) cuando, a través de distintos mecanismos, se convierten en precios fijos establecidos de forma indirecta. El apartado 47 de las Directrices que acompañaban al citado Reglamento 2790/1999 indicaba algunos mecanismos por los que los precios máximos o recomendados pueden convertirse en precios fijos. Así, los acuerdos por los que se fija el margen de distribución; se fija el nivel máximo de descuento que el distribuidor puede conceder partiendo de un determinado nivel de precios establecido; se subordina la concesión de descuentos o la devolución por parte del proveedor de los costes promocionales a la observancia de un determinado nivel de precios; se vincula el precio de reventa establecido a los precios de reventa de los competidores; las amenazas, intimidación, advertencias, multas, retraso o suspensión de entregas o resoluciones de contratos en relación con la observancia de un determinado nivel de precios. Igualmente se apuntaba que los medios directos o indirectos de fijación de precios son más eficaces si se combinan con medidas destinadas a identificar los distribuidores que rebajan los precios, tales como la implantación de un sistema de control de precios o la obligación de los minoristas de delatar a los otros miembros de la red de distribución que se desvíen del nivel de precios fijado. De modo similar, la fijación directa o indirecta de precios puede lograrse con mayor eficacia si se combina con medidas capaces de reducir los incentivos del comprador para reducir el precio de reventa, tales como la posibilidad de que el proveedor imprima un precio de reventa recomendado en el producto u obligue al comprador a aplicar una cláusula de cliente más favorecido. Los mismos medios indirectos y las medidas de "acompañamiento" pueden emplearse para lograr que los precios máximos recomendados funcionen como MPR. No obstante, el hecho de que el proveedor distribuya al comprador una lista con precios recomendados o precios máximos no se considera que en sí mismo conduzca al MPR. Por otro lado, las Directrices dedicaban un epígrafe específico (epígrafe 2.8) para orientar en la evaluación de las cláusulas de precios máximos y recomendados en los acuerdos verticales. Y a estos efectos, incide la CNC en los apartados 226, 227 y 228 de las Directrices. "(226) *El posible riesgo que representan para la competencia los precios máximos y recomendados es, en primer lugar, que el precio máximo o recomendado actuará como punto de referencia para los revendedores y podría ser aplicado por la mayoría o la totalidad de ellos. Un segundo riesgo para la competencia se deriva de que los precios máximos o recomendados pueden facilitar la colusión entre proveedores.* (227) *El factor más importante para evaluar los posibles efectos anticompetitivos de los precios de reventa máximos o recomendados es la "posición de mercado del proveedor". Cuanto más fuerte sea la posición de mercado del proveedor, mayor será el riesgo de que un precio de reventa máximo o recomendado lleve a una*



*aplicación más o menos uniforme de dicho precio por parte de los revendedores, ya que éstos podrían utilizarlo como punto de referencia. Los revendedores podrían tener dificultades para desviarse de lo que perciben como el precio de reventa que prefiere un proveedor tan importante del mercado. En estas circunstancias, la práctica de imponer un precio de reventa máximo o recomendado puede infringir el apartado 1 del artículo 81 si redundando en un nivel de precios uniforme.(228) El segundo factor más importante para evaluar los posibles efectos anticompetitivos de los precios máximos y recomendados es la posición de mercado de los competidores. Especialmente cuando se trata de un oligopolio cerrado, la práctica de aplicar o publicar precios máximos o recomendados puede facilitar la colusión entre los proveedores, al intercambiar información sobre el nivel de precios preferido y al disminuir la probabilidad de que bajen los precios de reventa. La práctica consistente en imponer un precio de reventa máximo o recomendado que produzca tales efectos podría también infringir el apartado 1 del artículo 81."*

Razona la CNC en la examinada Resolución de 30 de julio de 2009 que, atendiendo a este marco normativo, cabe concluir 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. Y, tras el análisis de los hechos investigados, concluye que en el caso analizado las operadoras, como ocurrió con CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO SAU, aplican en sus relaciones verticales con las estaciones de servicio una serie de mecanismos que, puestos en conjunto, conduce a una fijación de precios, prohibida por la norma, que reduce la competencia no solo intramarca, sino también intermarca por el efecto de alineamiento de precios entre los distintos operadores.

Tal como señala en su Fundamento de Derecho Decimoquinto esa Resolución de 2009, " 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".

Consecuentemente, la Resolución establece que, aunque en teoría las EESS que operan bajo la bandera de estas tres operadoras podían 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 suministradoras debido a una serie de factores, tales como la idéntica forma de establecer los precios máximos de las EESS que abanderan, que no es otra que fijarlo en base a los precios que están indicando sus competidores, así como la misma forma de establecer el resto de los parámetros que definen las relaciones comerciales con los Titulares de las EESS (Fundamento de Derecho Decimosexto).

Ya en la Parte Dispositiva, una vez asentados esos razonamientos previamente expuestos, la referida Resolución de 30 de julio de 2009 establece: " PRIMERO.-Declarar que REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO S.A. y BP OIL ESPAÑA S.A. han infringido el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 16 de julio de Defensa de la Competencia y el artículo 81.1 del Tratado CE , al haber fijado indirectamente el precio de venta al público a empresarios independientes que operan bajo su bandera, restringiendo la competencia entre las estaciones de servicio de su red y entre el resto de estaciones de servicio. SEGUNDO.-Declarar que todos los contratos que incluyen cláusulas en virtud de las cuales el principal le traslada a la otra parte firmante del acuerdo riesgos comerciales o financieros no insignificantes serán tratados, a efectos de la aplicación del Derecho de la Competencia, como contratos de reventa. TERCERO.- Declarar que cualquier cláusula contractual que figure en los contratos de suministro de carburante de REPSOL, 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, así como también cualquier uso comercial que tenga un efecto equivalente a este tipo de cláusulas. CUARTO.- Declarar que cualquier cláusula contractual que figure en los contratos de suministro de carburante de REPSOL, CEPSA Y BP en la que se establezca que las comisiones/márgenes a percibir se calcularán a niveles similares a los de la zona donde se ubica la estación de servicio objeto del contrato es contraria al artículo 1 de la LDC y 81 del TCE, así como también cualquier uso comercial que tenga un efecto equivalente a este tipo de cláusulas. QUINTO.- Intimar a REPSOL, CEPSA y BP a que, a partir de la notificación de la presente resolución, tomen las medidas necesarias para la cesación de todas aquellas prácticas que contribuyan a la fijación indirecta del precio de los combustibles a la venta en Estaciones de Servicio de las redes abanderadas por REPSOL, CEPSA y BP en las que los gestores sean empresarios independientes a los efectos de la aplicación de las normas de competencia y, en particular: i. Con el fin de que los precios aplicados a los clientes figuren correctamente en los tickets justificativos de compra emitidos por los terminales de pago propio, tanto para el cliente como para el gestor de la EESS, no podrán operar en dichos terminales sistemas que dificulten la introducción manual del precio de venta final en cada operación de venta. El precio máximo/recomendado no podrá estar incorporado en dichas terminales. ii. No podrán operar en su red sistemas en los terminales de punto de venta que impidan o dificulten conocer y obtener justificantes de los descuentos practicados, bien para su uso como justificante de un gasto promocional o para justificar una rectificación de factura. iii. No podrán emplear en su red sistemas de facturación que obstaculicen las rectificaciones de facturas que sean precisas para reflejar los descuentos practicados por el gestor de la estación de servicio. iv. No podrán ocultar el conocimiento por parte del gestor de la estación de servicio del descuento total que se aplica al cliente de cada tarjeta de fidelización cuando dicho descuento es compartido, así como de la cuantía que le corresponda. SEXTO.- Imponer a REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A una multa de CINCO MILLONES DE EUROS (5.000.000€) por la infracción sancionada. SEPTIMO.- Imponer a CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO S.A. una multa de UN MILLON OCHOCIENTOS MIL EUROS (1.800.000€) por la infracción sancionada. OCTAVO.- Imponer a BP OIL ESPAÑA S.A. una multa de UN MILLON CIEN MIL EUROS (1.100.000€) por la infracción sancionada. NOVENO.- Intimar REPSOLCOMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO S.A. y BP OIL ESPAÑA S.A para que en el futuro se abstengan de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente. DECIMO.- Ordenar a REPSOLCOMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO S.A. y BP OIL ESPAÑA S.A la publicación, a su costa y en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución, de la parte dispositiva de esta Resolución en las páginas de economía de dos de los diarios de información general de mayor difusión en todo el territorio nacional. En caso de incumplimiento se le impondrá una multa coercitiva de 600 € por cada día de retraso. UNDECIMO.- Los sancionados, justificará ante la Dirección de Investigación el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones impuestas en los anteriores apartados. DUODECIMO.- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento de esta Resolución".

Esa Resolución de la CNC devino firme al ser confirmada por STS, Sala 3ª, de fecha 2 de junio de 2015, al rechazar el recurso de casación interpuesto contra la SAN confirmatoria de aquella decisión administrativa, en recurso contencioso-administrativo seguido a instancia de CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO SAU y de BP.

(13).-El siguiente acto administrativo que dimana de la CNC donde [REDACTED] fundamenta su acción es la Resolución de 20 de diciembre de 2013. La Dirección de Investigación, dando cumplimiento a lo establecido en el ap. Duodécimo de la Resolución del Consejo de la CNC de 30 de julio de 2009 realizó múltiples solicitudes y requerimientos de información en el marco del expediente de vigilancia VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP, con objeto de verificar la situación contractual de los operadores sancionados con sus distribuidores y la operativa de los mecanismos de emisión de tickets y facturas en las EESS.

A la vista del informe presentado por la citada Dirección de Investigación, el organismo ahora denominado CNMC resolvió, mediante la citada Resolución de 20 de diciembre de 2013 que: "PRIMERO.-Declarar el incumplimiento parcial de la Resolución de la extinta CNC de 30 de julio de 2009, en particular de su dispositivo TERCERO, CUARTO Y QUINTO apartado iv. SEGUNDO.-Declarar 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. TERCERO.-Instar a Repsol, Cepsa y BP para que adopten las medidas necesarias para el cumplimiento completo de la Resolución de 30 de julio de 2009. En particular instarles para que: 1. 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. 2. Tomen las medidas necesarias para la cesación de las prácticas consistentes en el establecimiento de cláusulas en las que las comisiones a percibir se calcularán a niveles similares a los de la zona donde se ubica la estación de servicio. Para ello, las tres operadoras deberán adoptar y comunicar las correspondientes adendas a los contratos vigentes, previa



autorización de su contenido y procedimiento de comunicación por parte de la Dirección de Competencia en el marco de la vigilancia de esta Resolución.3. Establezcan previa aprobación de la Dirección de Competencia, un sistema de acceso continuo e indiscriminado de las estaciones de servicio a todos los descuentos compartidos (totales y correspondientes a cada parte) de los clientes de cada tarjeta de fidelización (...)"

En relación con las comisiones que son objeto del apartado segundo de tal Dispositivo interesa reseñar que lo que se puso de manifiesto en la Resolución de vigilancia es que las operadoras habían eliminado las cláusulas de los contratos nuevos posteriores a 2009 pero con posterioridad a la Resolución no habían tomado ninguna medida sobre los contratos existentes antes de la misma. Esa resolución devino firme al ser confirmada, respecto de CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO SAU, por la STS, Sala 3ª, de lo contencioso-administrativo, nº 131/2020.

(14).-Es preciso señalar que poco tiempo antes de la anterior Resolución de 20 de diciembre de 2013, se había producido un cambio normativo relevante, operado por la Ley 11/2013, de 26 de julio, de Medidas de Apoyo al Emprendedor y Estímulo del Crecimiento del Empleo, que venía a sustituir el previo RD-Ley 4/2013, de 22 de febrero. Dicha norma supuso la introducción de una serie de modificaciones que afectan al mercado de distribución de carburantes, modificaciones que, como expresamente se menciona en su Exposición de Motivos, tienen en cuenta los diferentes informes emitidos por las extintas CNC y CNE en relación con las dificultades de entrada de nuevos operadores, con medidas destinadas a la flexibilización del mercado, en particular, de los contratos de gestión de estaciones de servicio, tanto en régimen de reventa como de comisionista.

Ese cambio legal es tenido en cuenta en la citada Resolución del 20 de diciembre de 2013, lo que lejos de suponer un obstáculo para su dictado, implicaba un mejor acomodo de las medidas impuestas.

(15).-El siguiente hito que aparece consignado en el recurso de [REDACTED] es la Resolución de la CNMC de 27 de julio de 2017, dictada en el curso del siguiente expediente de vigilancia para el cumplimiento de lo establecido en el dispositivo tercero de la Resolución sancionatoria de la CNC de 30 de julio de 2009.

En esta nueva Resolución de 2017 se acuerda: "PRIMERO. Declarar 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 en el informe parcial de vigilancia elevado a esta Sala con fecha 3 de mayo de 2017. SEGUNDO. Declarar 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. TERCERO. Interesar a la Dirección de Competencia la realización de las diligencias e investigaciones propuestas en el fundamento de derecho séptimo que la Sala estima necesarias para la evaluación del cumplimiento efectivo de las obligaciones derivadas de la resolución de 30 de julio de 2009".

Dicha resolución no fue recurrida por CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO SAU, por lo que cobró firmeza directamente en la vía administrativa.

(16).-Finalmente, se dictó la Resolución de la CNMC de 12 de junio de 2020, la cual deriva de lo consignado en aquella otra anterior, la de 17 de julio de 2017, en la que se instaba a la Dirección de Competencia a la realización de una serie de diligencias e investigaciones que se estimaron necesarias para la evaluación del cumplimiento efectivo de las obligaciones derivadas de la resolución de 30 de julio de 2009, en los términos señalados por la resolución de 20 de diciembre de 2013.

Esta nueva resolución de vigilancia, ya de 12 de junio de 2020, resolvió: " (...) TERCERO.- Declarar que la fórmula propuesta por CEPSA en su escrito de 1 de marzo de 2019, que introduce la variable precio del tercer cuartil provincial, cumple con los criterios definidos por las resoluciones de 30 de julio de 2009 y 20 de diciembre de 2013, en relación con la determinación del precio de transferencia a las estaciones de servicio CODO/ Comisión y la eliminación de los desincentivos a realizar descuentos. Se concede a CEPSA (i) un plazo de dos meses, a contar desde la fecha de notificación de la presente resolución, para que proceda a adoptar las medidas necesarias para la aplicación unilateral y efectiva de la fórmula "precio tercer cuartil provincial" a todos y cada uno de los contratos CODO/Comisión subsistentes a esa fecha ([CONFIDENCIAL] a 1 de enero de 2019), así como (ii) un plazo de 15 días adicionales, a contar desde el vencimiento del plazo de dos meses, para remitir a la Dirección de Competencia la acreditación documental de todas las modificaciones contractuales realizadas a estos efectos y de su aplicación efectiva. (...). QUINTO.- Declarar cumplido por parte de las tres operadoras el requerimiento del Consejo establecido en su resolución de 27 de julio de 2017, respecto a la verificación de la información remitida al actual Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico sobre los vínculos contractuales de las estaciones de servicio".

(17).-Del contenido de cada una de las resoluciones invocada en la acción *follow onde* [REDACTED], se ha de llegar a la conclusión de que solo una de ellas, la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009, tiene el carácter



de sancionadora respecto de la actuación de fijación indirecta de precios de reventa del combustible en los años 2007 a 2009. La demás, derivan de expediente de vigilancia en el cumplimiento de medidas impuestas por aquella primera resolución, a fin de eliminar los mecanismos que habían permitido aquella alineación de precios, al convertir en la práctica los precios máximos recomendados en precios finales de venta al público.

Respecto de ello, señalan las SsTS, Sala 3ª, de lo Contencioso-administrativo, nº 131/2020 , 132/2020 y 133/2020, de 4 de febrero de 2020 que:

« La LDC regula separadamente las facultades de la CNMC y el contenido de las decisiones que puede adoptar en un procedimiento sancionador y en un procedimiento de vigilancia.

En el primer procedimiento, de acuerdo con el artículo 53 LDC , las resoluciones de la CNMC podrán declarar la existencia de conductas prohibidas en la propia LDC o en los artículos 81 y 82 del Tratado CE , y en consonancia con tales declaraciones, podrán las resoluciones de la CNMC, además de imponer las multas autorizadas por la ley, contener órdenes de cesación de las conductas prohibidas en un plazo determinado, o de remoción de los efectos de las prácticas prohibidas e imponer condiciones u obligaciones determinadas, ya sean estructurales o de comportamiento.

En cambio, en los expedientes de vigilancia el contenido de las resoluciones que pueda adoptar la CNMC está limitado por la propia naturaleza del procedimiento, que de acuerdo con el artículo 41.1 LDC se contrae a vigilar la ejecución y cumplimiento de determinadas resoluciones previas, entre ellas las acordadas en materia de conductas restrictivas.

Atendidos su distinta naturaleza y régimen jurídico, es claro que el expediente de vigilancia tiene vedada la adopción de las medidas y obligaciones estructurales y de comportamiento que la LDC restringe a los procedimientos sancionadores que finalicen en la declaración de la existencia de conductas prohibidas en la LDC o en los artículos 101 ó 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , de lo que se sigue que la resolución de un expediente de vigilancia que innove o modifique o altere sustancialmente lo decidido en un procedimiento sancionador sería contraria a los citados artículos 41 y 53 LDC

(...) Todo ello puede conllevar la declaración del cumplimiento o incumplimiento, y, en este último caso, se podrá instar o incentivar el cumplimiento (multas coercitivas), pero no implica necesariamente la comisión de la infracción descrita en el art 62.4.c) LDC ».

**(18).**-De acuerdo con la citada doctrina jurisprudencial de la Sala 3ª del TS, el objeto de las denominadas resoluciones de vigilancia de la Autoridad nacional de la competencia se limitan a verificar el cumplimiento de deberes impuestos a los sujetos afectados, de cuya declaración deriva una resolución de sanción de una conducta infractora de la libre competencia, verificada siguiendo el procedimiento establecido al efecto. Por ello, de acuerdo con su naturaleza proclamada en la jurisprudencia, e incluso con lo expresado por la propia CNMC, el objeto de dichas resoluciones de vigilancia nunca es declarar la existencia de dicha infracción de mercado.

Esa delimitación objetiva es plenamente coherente con los elementos exigibles para apreciar las infracciones previstas en los arts. 101 TFUE y 1 LCD, y los procedimientos aplicables para su fijación, con todas las consecuencias. Así, sobre los requisitos para sancionar conductas infractoras, en primer término, debe apreciarse una concurrencia de voluntades entre dos o más empresas: acuerdo, decisión de asociaciones de empresas o práctica concertada. En segundo lugar, se requiere que dicha conducta tenga por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la competencia, en el mercado interior en el ámbito de la UE, art. 101 TFUE, o en el mercado nacional, art. 1 LDC. Adicionalmente se requiere la comprobación de que la conducta observada caiga dentro del ámbito de aplicación del art. 101 TFUE, que sea susceptible de afectar al comercio intracomunitario.

Semejante análisis de esos elementos y requisitos propios de una conducta infractora concurrencial en el mercado es por completo ajeno al contenido de aquellas resoluciones de vigilancia. El objeto propio y exclusivo de éstas se limita a la verificación del cumplimiento de los deberes previamente impuestos por una resolución sancionatoria, y su contenido se restringe a la comprobación del cumplimiento o no de dichos deberes, pero no alcanza, ni remotamente, a establecer o identificar los efectos de esa falta de cumplimiento de los deberes sobre una hipotética permanencia o prolongación de la conducta colusoria en el mercado. Así, una cosa es cumplir o incumplir las concretas actuaciones impuestas en la resolución sancionatoria, y otra muy distinta, que de ese incumplimiento se derive, sin más y directamente, la presencia de la conducta colusoria en el mercado tras la imposición de la sanción inicial.

En el mismo sentido que este tribunal ya señaló en la SAP de Madrid, sec. 28ª (mercantil), nº 436/2021, de 19 de noviembre, es en este punto donde la argumentación de [REDACTED], tanto su demanda como en su recurso, realiza un salto lógico, el cual pasa por confundir el incumplimiento de determinadas medidas impuestas a los operadores de mercado, con una infracción descrita en los art. 101 TFUE y 1 LDC, al tratar de proyectar



en el marco de una acción resarcitoria civil de continuación lo fijado en la resolución sancionatoria en todo el tiempo posterior a ella donde se dictan las resoluciones de vigilancia. Todo ello ante la consciencia de que el daño que invoca se le ha producido, se habría generado con posterioridad al tiempo donde se comprobó la conducta colusoria por la única resolución sancionatoria aquí dictada.

No es solo que vaya contra la lógica de las cosas el hecho de que unos operadores investigados y condenados por una práctica colusoria continúen en dicha práctica tras haber conocido de esa investigación y la sanción derivada de ella, sino que por ██████ no se ha realizado ningún esfuerzo probatorio para acreditar la concurrencia de tales elementos propios de una infracción de los arts. 101 TFUE y 1 LDC, más allá de afirmar que la conducta infractora no habría cesado por cuanto las resoluciones de vigilancia declaraban el incumplimiento de determinadas obligaciones que se habían impuesto en la Resolución sancionadora de 2009, y en la Resolución de vigilancia de 2013 después.

En el ámbito de la acción *follow on*, como es la de ██████, la comprobación de la conducta infractora de la libre competencia en el mercado tiene que derivar de manera patente de la resolución de la Autoridad de la competencia de la que se sigue esta acción resarcitoria en Derecho privado, y debe constar tal infracción con sus plenos contornos, como sujetos, mercado, producto o servicio, marco geográfico o duración en el tiempo. Nada de ello consta en las resoluciones de vigilancia, la posteriores a la sancionatoria del año 2009. Incluso cuando ello escapase a los caracteres propios de la acción aquí entablada, por ██████ no se ha analizado en qué medida el cumplimiento parcial de las obligaciones a las que estaban sometidas las entidades sancionadas, particularmente de CEPESA COMERCIAL PETRÓLEO SAU, habría tenido efectos en la afectación de la competencia de un modo sensible como para apreciar un ilícito antitrust.

El informe pericial aportado por ██████, el elaborado bajo la dirección del Sr. ██████ [doc. nº 19 de la demanda], parte del contenido de aquellas resoluciones antes indicadas, para calcular el daño que se habría causado a aquella parte, bajo la hipótesis de la diferencia entre el precio que debió pagarse si no existiera fijación indirecta de precios por las operadoras sancionadas, y el que se pagó realmente, pero sin que el objeto de dicha pericial sea acreditar que existió tal comportamiento cartelista tras el año 2009, lo que se da como hipótesis sentada por la mera presencia de las resoluciones de vigilancia, lo que no resulta aceptable, como se ha indicado. Esto es, el informe pericial, por el objeto de su encargo, tendría operatividad, en su caso, como propuesta de liquidación del daño para el supuesto en que se hubiera acreditado la realidad de tal daño, que no es el caso.

En tales circunstancias, ha de concluirse que la única Resolución que declaró la infracción de los arts. 1 LDC y 101.1 TFUE, anterior art. 81.1 TCEE, fue la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009. Ello también permite afirmar que el régimen jurídico aplicable, según el tiempo de producción de los hechos sancionados, a la acción resarcitoria civil ha de ser el previsto en el art. 1.902 CC, y no el de la *Directiva UE 2014/104* y su transposición al Derecho español por el *RD-Ley 9/2017, de 26 de mayo*, como sostenía ██████.

**(19).**-No puede finalizarse el anterior análisis sin referirse a la *STJUE de 20 de abril de 2023, c-25/21, a. 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.

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, EU:C:2021:904, 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 de determinados actos.

Y precisamente por esa exigencia de identidad material entre la infracción sancionada gubernativamente y aquella causa fáctica que sostiene la pretensión civil en el litigio privado, la citada *STJUE de 20 de abril de 2023* concluye 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».

Si solo hay una coincidencia meramente parcial entre los hechos que integran la infracción sancionada por las autoridades de la competencia y los que sirven de base a la reclamación civil, 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».

El problema para la acción aquí deducida por [REDACTED] es las resoluciones en las que pretende apoyar su demanda, las que se refiere al periodo de tiempo donde invoca producido el daño, 2012 a 2018, no es apreciable coincidencia alguna, ni total ni siquiera parcial entre el contenido de las resoluciones de vigilancia, que no establecen una infracción antitrust, y el hecho que fundamentaría la producción del daño alegado, el sobreprecio cobrado por un comportamiento cartelista de la demandada. En el mejor de los casos, aquel efecto se produciría respecto de la única resolución sancionatoria, la del año 2009, que aprecia el comportamiento cartelizado en un periodo temporal distinto por completo del que aquel que se invoca como productor del daño.

#### **Motivo cuarto: imposición de costas procesales como contraria al Derecho de la Unión.**

*Exposición del motivo.*

(20).-Indica el recurso de [REDACTED] que en esta materia no puede hacerse una aplicación rígida de las reglas sobre costas procesales, ya que el mantenimiento de los métodos y cláusulas que pretendía ser retirados por las citadas resoluciones administrativas determinan la permanencia en la infracción concurrencial, lo que determina la producción de un daño, a pesar de su difícil cuantificación. Por ello, la condena en costas hace en la práctica imposible la reclamación de los daños, dificultando al perjudicado su derecho efectivo al resarcimiento, y todo ello ante las reiteradas resoluciones de la Autoridad nacional sobre aquellas infracciones.

*Valoración del tribunal.*

(21).-Ninguno de los argumentos empleados en este motivo de recurso puede acogerse. En primer lugar, porque se plantean sobre la sistemática base de que existió la infracción antitrust durante el periodo de tiempo que invocaba la demanda de [REDACTED], lo que no ha sido demostrado.

En segundo lugar, en cuanto al principio de efectividad del Derecho unionista en esta materia de acciones resarcitorias de continuación en Derecho de la competencia, no hace falta ya remitirse a las conclusiones del Abogado General, puesto que ha sido objeto de expreso pronunciamiento por la STJUE 16 de febrero 2023, a. C-312/21, *Tráficos Manuel Ferrer*, ap. 47 yss., donde señala que:

«Se desprende que, como ha señalado la Abogada General en el punto 68 de sus conclusiones, por lo que respecta a los procedimientos de resarcimiento de los perjuicios ocasionados por infracciones del Derecho de la competencia, en caso de que un demandante vea parcialmente desestimadas sus pretensiones, es razonable imponerle cargar con sus propias costas, o al menos con una parte de ellas, y con una parte de las costas comunes si, en particular, la generación de esas costas le es imputable, por ejemplo, debido a la formulación de pretensiones excesivas o a la forma en que ha seguido el procedimiento.

Por lo tanto, procede declarar que una norma procesal civil nacional como el artículo 394, apartado 2, de la LEC, interpretada a la luz de la jurisprudencia de los tribunales españoles mencionada en el apartado 40 de la presente sentencia, no hace prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al pleno resarcimiento del perjuicio sufrido como consecuencia de un comportamiento contrario a la competencia, reconocido y definido en el artículo 3, apartados 1 y 2, de la Directiva 2014/104 y dimanante del artículo 101 TFUE, de modo que no se vulnera el principio de efectividad.

Habida cuenta de las consideraciones expuestas, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 101 TFUE y el artículo 3, apartados 1 y 2, de la Directiva 2014/104 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una norma procesal civil nacional en virtud de la cual, en caso de estimación parcial de



*las pretensiones, cada parte abonará sus propias costas y la mitad de las costas comunes, salvo en caso de litigación temeraria».*

Finalmente, no puede apreciarse dudas de hecho o de Derecho, como parece sostener el recurso, respecto del contenido de las resoluciones de la Autoridad nacional de la competencia, toda vez que es clara la distinción entre resoluciones de tipo sancionatorio y las de vigilancia, respecto a la fijación de una infracción en el mercado, dentro del marco jurídico de acciones de seguimiento.

#### **Costas procesales de la apelación.**

**(22).**-Dispone el art. 398.1 LEC, respecto al criterio legal sobre imposición de costas en los recursos, que *"Cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, se aplicará, en cuanto a las costas del recurso, lo dispuesto en el artículo 394"*, es decir, se acogerá el principio de estimación objetiva del recurso.

En virtud de las razones expuestas, de las pruebas analizadas y de los preceptos citados se dicta el siguiente

#### **FALLO**

**I.**-Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por ██████ frente a la Sentencia de fecha 1 de septiembre de 2022, del Juzgado Mercantil N° 17 de Madrid, dictada en el Juicio Ordinario seguido con n° ██████ de ese Juzgado, cuyos pronunciamientos se confirman.

**II.**-Imponemos a ██████ el pago de las costas procesales generadas en esta segunda instancia, en cuantía que resulte de tasación practicada al efecto.

**III.**-Acordamos la pérdida del depósito realizado, en su caso, para la interposición del recurso de apelación.

**IV.**-Notifíquese esta resolución a las partes y envíese una copia de la misma a la autoridad administrativa española competente en materia de defensa de la competencia para posibilitar su ulterior remisión a la Comisión Europea.

**Modo de impugnación.**-Contra la presente sentencia las partes pueden interponer en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación, ante esta misma Audiencia, recurso de casación que habrá de fundarse en infracción de norma procesal o sustantiva, siempre que concurra interés casacional conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación, recurso del que conocerá la Sala 1ª del Tribunal Supremo; y para cuya admisión habrá de constituirse, en su caso, el correspondiente depósito previsto en el la DA 15ª de la LOPJ.

Así por esta nuestra sentencia, que se dicta, manda y firma en el día de su fecha, de la cual se dejará testimonio en los autos de su razón, llevándose su original al libro correspondiente, y ejecutoriándose, en su caso, en nombre SM el Rey.

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.