

Versión anonimizada

C-25/21 - 1

Asunto C-25/21

Petición de decisión prejudicial

Fecha de presentación:

15 de enero de 2021

Órgano jurisdiccional remitente:

Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Madrid (España)

Fecha de la resolución de remisión:

30 de noviembre de 2020

Parte demandante:

ZA

AZ

BX

CV

DU

ET

Parte demandada:

Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S. A.

[OMISSIS]

[OMISSIS] [Identificación de los firmantes]

JUZGADO DE LO MERCANTIL N.º 02 DE MADRID

[OMISSIS]

ES

[OMISSIS] [Dirección]

[OMISSIS] **Procedimiento Ordinario 282/2018**

[OMISSIS]

[OMISSIS] [Objeto del procedimiento, partes y representantes]

AUTO

[OMISSIS] [Identificación del juez]

[OMISSIS] Madrid

[OMISSIS] 30 de noviembre de 2020.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.— Se ha recibido del TJUE el presente procedimiento con la resolución dictada por dicho Tribunal [auto C-716/19].

FUNDAMENTOS DE DERECHO

[OMISSIS]

[OMISSIS] [Or. 2]

[OMISSIS] [Reproducción del artículo 94 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, cuyo esquema seguirá el juzgado remitente en la exposición que sigue]

a) EXPLICACIÓN CONCISA DEL OBJETO DEL LITIGIO

— La demanda se presenta por D.^a AZ, D.^a ZA, D.^a BX, D. ET, D. CV y D.^a DU (COMUNIDAD DE HEREDEROS DE KN) frente a REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S. A. (REPSOL CPP) y tiene por **objeto** que, de conformidad con el artículo 101.2 TFUE, se declare la nulidad de pleno derecho del pacto de suministro en exclusiva contenido en distintos contratos concatenados por vulnerarse el artículo 101.1 TFUE, así como la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

La práctica ilícita que se imputa a REPSOL CPP consiste en la fijación, directa e indirecta, del precio de venta al público (PVP) de los combustibles y carburantes suministrados en exclusiva a COMUNIDAD DE HEREDEROS DE KN.

Los contratos cuya declaración de nulidad se solicita se refieren a [una] estación de servicio [OMISSIS], sita en N-VI [OMISSIS], propiedad de D.^a AZ, D.^a WR, D.^a DU y D. CV, por título de herencia, y se enumeran a continuación:

- Contrato de 1 de julio de 1987
- Contrato de 1 de febrero de 1996
- Contrato de 1 de agosto de 1997
- Contrato de comisión en exclusiva para la comercialización de combustibles y carburantes en estación de servicio, de 22 de febrero de 2001
- Contrato de comisión en exclusiva para la comercialización de combustibles y carburantes en estación de servicio, de 22 de febrero de 2006
- Contrato de comisión en exclusiva para la comercialización de combustibles y carburantes en estación de servicio, de 17 de julio de 2009

Que acompañan a los autos como documento agrupado núm. 2 de la demanda.
[Or. 3]

— [OMISSIS] [En] 1927 [OMISSIS], se constituyó en España el [OMISSIS] Monopolio de Petróleos del Estado, para la importación, producción, distribución y comercialización, en todas sus fases, de los productos petrolíferos [y] [OMISSIS] se reconoció a CAMPSA [OMISSIS] la administración del Monopolio [OMISSIS].

De conformidad con el Reglamento para el suministro y venta de carburantes y combustibles líquidos, objeto del Monopolio de Petróleos, [OMISSIS] [de] 1970, la explotación de una estación de servicio para el suministro y venta al público de carburantes y combustibles únicamente podía ser realizada de dos maneras: bien de forma directa por CAMPSA o bien a través de los concesionarios que ostentasen tal cualidad (artículo 1).

La condición de concesionario era decidida discrecionalmente por CAMPSA (artículo 19). Para ello el interesado debía ser propietario de los terrenos donde se pretendiera construir la estación de servicio y esta debería ajustarse al proyecto de construcción aprobado al otorgarse la concesión (artículo 38).

En el caso concreto, el demandante construyó la estación de servicio y explotaba la misma como concesionario.

El plazo de duración de las concesiones de estaciones de servicio era de 75 años (artículo 65) y, transcurrido este, tanto las instalaciones propias de la estación de servicio como los terrenos afectados por la concesión revertirían al Estado (artículo 66).

Con ocasión del ingreso de España en la Comunidad Económica Europea (CEE), se hizo necesaria [OMISSIS] la adaptación del Monopolio de Petróleos. A tal efecto, se promulgó[, en particular,] la Ley 45/1984, de Reordenación del Sector Petrolero [OMISSIS].

[Esta Ley] articula una serie de medidas cuyo fin es conseguir la integración vertical de las empresas que forman parte de la industria española del petróleo e incrementar los niveles de eficacia y competitividad a través de la integración de la industria del refino en la comercialización y distribución de productos petrolíferos [OMISSIS]. Las más relevantes de dichas medidas fueron la serie de autorizaciones al Gobierno para acordar: **[Or. 4]**

1. La transmisión a CAMPSA de la totalidad de los bienes y derechos de titularidad estatal afectos al Monopolio.
2. La entrada en el accionariado de CAMPSA de las empresas nacionales de refino (REPSOL, CEPESA y PETROMED-BP), en proporción a su significación en dicho mercado.
3. La transferencia a CAMPSA de los derechos económicos de titularidad estatal, derivados de las concesiones y contratos otorgados en el ámbito del Monopolio de Petróleos, así como de los derivados de los contratos de administración o explotación de estaciones de servicio y aparatos surtidores por un tercero distinto de CAMPSA.
4. La promulgación de una nueva regulación de las concesiones y contratos, que permitió establecer su contenido como relaciones de Derecho privado entre CAMPSA y las personas o entidades que se dedicasen o pudiesen dedicarse a la distribución y comercialización de los productos comprendidos en el referido monopolio.

De este modo, las empresas de refino españolas se colocaron en una clara situación privilegiada, realidad que se puso de manifiesto cuando posteriormente se procedió a la liberalización del sector. Así, las empresas de refino españolas, entre ellas REPSOL CPP, y CAMPSA, como administradora del Monopolio, con una información absolutamente privilegiada sobre los acontecimientos que iban a suceder, comienzan en este momento a anticiparse a los hechos, con el propósito de asegurarse la vinculación de las estaciones de servicio ya existentes en España como puntos de venta de sus productos, y en consecuencia de su posición en el mercado, empiezan a promover entre los concesionarios la firma de documentos de adscripción a sus redes respectivas.

— En este contexto, se suscribió el primero de los contratos, entre KN y EMPRESA NACIONAL DEL PETRÓLEO, S. A. (EMP) (ENPETROL, hoy REPSOL), aunque esta última se reserva la facultad de subrogar en su posición contractual a REPSOL, S. A. o cualquier mercantil de Grupo INH (Cláusula Decimotercera) —**Contrato de 1 de julio de 1987**—.

En el referido contrato se prevé que, cuando pueda realizarse libremente la distribución de carburantes y combustibles, el Sr. KN se obliga a comprar en exclusiva a EMP (Cláusula Quinta, apdo. 2).

Puesto que desde que el producto pase el punto de conexión de la manguera que sirve para trasvasar el carburante desde la cisterna al depósito de la estación de servicio es propiedad [Or. 5] del Sr. KN, el contrato es de reventa (Cláusula Quinta, apdo. 4). El contrato tiene una duración de 10 años desde la firma.

En su anexo I, se prevé que, en caso de cesar la obligación de suministro por CAMPSA, EMP se haría cargo del suministro de la estación de servicio, *«comprometiéndose también a estudiar conjuntamente con el TITULAR del Contrato un sistema de retribución a la estación de servicio que esté en línea con las practicadas por la competencia»*. [El] 31 de diciembre de 1995, se suscribió entre las partes el anexo III al contrato por el que, pese a tratarse de un contrato de reventa, el Sr. KN percibiría como retribución una comisión.

— Una vez que España ingresa en la CEE, el siguiente paso significativo en la evolución del sector se produce con el Real Decreto-Ley 4/1991, [de 29 de diciembre], en el que se autoriza finalmente la segregación de activos comerciales de CAMPSA en favor de varias sociedades beneficiarias, filiales constituidas a tal efecto por las empresas refinadoras, así como su subrogación en la utilización del dominio público que ocupaban las estaciones de servicio y en los derechos y obligaciones de CAMPSA resultantes de los contratos suscritos por esta con los propietarios, arrendatarios y titulares de las estaciones de servicio afectadas por la escisión. Asimismo, en este mismo proceso REPSOL CPP se adjudicó la titularidad de la marca comercial CAMPSA.

Mediante Decisión de 19.12.1991, la Comisión Europea, en el asunto n.º IV/M.138 — CAMPSA, aprobó el Protocolo de Acuerdos para la segregación de las Actividades Comerciales de CAMPSA, notificado el 19.11.1991 por las empresas beneficiarias de la escisión, es decir, por Compañía Española de Petróleos, S. A. (CEPSA), Petróleos del Mediterráneo (PETROMED) —hoy BP OIL ESPAÑA, S. A.— y REPSOL, S. A. (REPSOL).

[OMISSIS] [Cambio de denominación de CAMPSA]

El proceso de liberalización culmina con la aprobación [OMISSIS] de la Ley 34/1992[, de 22 de diciembre,] de Ordenación del Sector Petrolero, que declara la extinción del Monopolio de Petróleos y la total liberalización de las actividades de importación, refino, distribución y venta, transporte y almacenamiento de productos petrolíferos [OMISSIS]. La extinción del Monopolio supuso para los concesionarios la extinción de los derechos y obligaciones derivados de la concesión y, en especial, la supresión de la obligación de reversión al Estado.

— Extinguido el Monopolio, se suscribe el segundo de los contratos, entre KN y REPSOL CPP — Contrato de 1 de febrero de 1996—. [Or. 6]

Se trata de un contrato de suministro en exclusiva (Cláusula Primera), con una duración de 5 años (Cláusula Segunda).

La propiedad y el riesgo de los productos suministrados se transmiten al Sr. KN desde que aquellos se introducen en los depósitos de la estación de servicio (Cláusula Quinta, apdo. 5), por lo que se trata de un contrato de reventa.

REPSOL CPP se compromete a comunicar por escrito al Sr. KN un PVP «recomendado», que coincidirá con el PVP recomendado a las estaciones de servicio de las mismas características en la misma área geográfica (Cláusula Tercera, apdo. 1). Y, el precio a pagar por el producto a REPSOL CPP por el Sr. KN sería el resultante de aplicar un descuento al PVP «recomendado» (Cláusula Tercera, apdo. 2).

[OMISSIS] [Comparativa de comisiones y descuentos entre el primer y el segundo contrato]

No obstante, aun cuando se prevé un régimen de venta en firme, el 10 de octubre de 1997, se suscribió entre las partes un nuevo anexo de condiciones económicas en el que se precisan las comisiones a percibir por el Sr. KN. Circunstancia que se repite para los siguientes años.

Pese a que en los dos primeros contratos suscritos entre las partes se prevé como régimen económico el de reventa, se fija como remuneración del titular de la estación de servicio una comisión, transformando el régimen del contrato al de comisión, sin más cambio que el relativo a la retribución del titular.

Para REPSOL, el Sr. KN era un comisionista más de su red abanderada.

— En fecha 27 de abril de 1999, tuvo entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) escrito de la Asociación de Propietarios de Estaciones de Servicio y Unidades de Suministro de Andalucía, por el que se denunciaba a REPSOL, S. A., REPSOL CPP, CEPSA, S. A., y CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO, S. A. (actualmente, CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO, S. A.) por vulneración de la normativa nacional y comunitaria de defensa de la competencia. La referida denuncia, por lo que respecta a REPSOL [OMISSIS] se resolvió mediante resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), de 11 de julio de 2001, expediente 490/00 REPSOL. **[Or. 7]**

En concreto, el TDC resolvió:

*«1. DECLARAR que REPSOL, S. A., ha incurrido en una práctica prohibida por el art.1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, **AL FIJAR LOS PRECIOS DE VENTA AL PÚBLICO DE LOS COMBUSTIBLES A LOS DISTRIBUIDORES QUE ACTÚAN, CON ELLA, BAJO UN SUPUESTO RÉGIMEN DE COMISIÓN O AGENCIA, EN VIRTUD DE LOS CONTRATOS SEÑALADOS** en [OMISSIS] el expediente del Servicio.*

2. Intimar a REPSOL, S. A., para que cese en la fijación de precios en las relaciones con estaciones de servicio con las que se encuentra vinculada por un contrato de similares características.»

REPSOL CPP reconoció abiertamente que fijaba el PVP a los titulares de las estaciones de servicio de su red denominados «comisionistas» sin limitación, pues entendía que en relación con este concreto régimen económico estaba facultada para ello.

— El 22 de febrero de 2001, KN y REPSOL CPP suscribieron el «**Contrato de comisión en exclusiva para la venta de combustibles y carburantes en estaciones de servicio**»; el 22 de febrero de 2006, los HEREDEROS DE KN y REPSOL CPP firmaron el denominado igualmente «Contrato de comisión en exclusiva para la venta de combustibles y carburantes en estaciones de servicio»; y, el 17 de julio de 2009, también los HEREDEROS DE KN y REPSOL CPP firmaron el mismo «Contrato de comisión en exclusiva para la venta de combustibles y carburantes en estaciones de servicio».

Estos tres contratos contienen un pacto de suministro en exclusiva a favor de REPSOL CPP de 5, 3 y 5 años, respectivamente (13 años en total). El régimen económico es el de «supuesta» comisión, porque el comisionista, en todos los contratos, asume el riesgo del producto (Cláusula Séptima, apdo. 4) y debe abonar el importe de los productos pedidos (PVP fijado por REPSOL CPP menos la comisión, por todos los litros suministrados) con la antelación suficiente para que REPSOL CPP tenga constancia del pago antes de la realización de la entrega, salvo que preste garantías suficientes (aval), en cuyo caso, deberá abonar dicho importe en el plazo máximo de 9 días a contar desde el suministro del producto, con independencia del momento de su venta efectiva al consumidor (Cláusula Quinta, apdo. 4). Además, puesto que el comisionista es el propietario de las instalaciones, el mantenimiento y reposición de éstas son a su cargo. [Or. 8]

En todos los contratos, se reconoce formalmente la facultad del comisionista para hacer descuentos con cargo a su comisión, pero el importe que debe abonarse por los productos a REPSOL CPP se calcula restando la comisión al PVP fijado por REPSOL CPP y, además, la comisiones permanecerán «congeladas» en tanto en cuanto las partes no lleguen a un nuevo acuerdo sobre las mismas.

— Frente a la resolución del TDC de 11 de julio de 2001, REPSOL CPP interpuso recurso ante la [OMISSIS] Audiencia Nacional, dando lugar al Recurso n.º 866/01. En fecha 11 de julio de 2007, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional dictó sentencia por la que desestimó el recurso interpuesto por REPSOL CPP, manifestando que: «*La fijación de precios por REPSOL figura específicamente en algunos contratos, los denominados de comisión, y resulta llamativa su postura, pues durante la tramitación del procedimiento ante el SDC siempre afirmó que imponía los precios de venta [...].*»

Frente a la sentencia de la Audiencia Nacional, se interpuso por parte de REPSOL CPP recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, dando lugar al Recurso n.º 6188/2007, que se resolvió en sentido desestimatorio por la sentencia 17 de noviembre de 2010.

En fecha 7 de noviembre de 2001, REPSOL CPP había remitido [una comunicación] a todos los «supuestos» comisionistas de su red, entre ellos a la COMUNIDAD DE HEREDEROS DE KN. Se acompaña a los autos como Documento núm. 21 de la demanda. En esta comunicación, REPSOL manifiesta como fin último de su envío el cumplir el Reglamento (CE) n.º 2790/99 y las intimaciones de la resolución del TDC de 11 de julio de 2001 y reconoce formalmente a los distribuidores-comisionistas de su red la facultad para realizar descuentos con cargo a su comisión.

[OMISSIS] [M]ediante resolución de ejecución de la sentencia del TDC de 17 de julio de 2006, se dio por cumplidas las intimaciones realizadas en la [resolución] del TDC de 11 de julio de 2001 con el envío de la referida comunicación de 7 de noviembre de 2001 pero, el TDC realizó expresamente esta advertencia: *«De la misma manera, teniendo en cuenta que el Servicio nos indica que **está llevando a cabo una información reservada para comprobar si las reformas llevadas a cabo por Repsol sobre sus vínculos contractuales con sus distribuidores han producido en la práctica los efectos deseados en orden a la no imposición de precios de venta al público en todos sus contratos de suministro de carburantes, lo anteriormente expuesto no es obstáculo para que pudiera darse lugar a la apertura de un nuevo expediente si de dicha investigación pudieran apreciarse comportamientos anticompetitivos.**» [Or. 9]*

(Puesto que el reconocimiento realizado por REPSOL CPP en su comunicación de 7 de noviembre de 2001 era meramente formal, el SDC inició una investigación para comprobar si la posibilidad de hacer descuentos con cargo a la comisión atribuida a sus distribuidores era real y efectiva o si, por el contrario, REPSOL CPP continuaba fijando el PVP, ahora, por medios indirectos.)

— Este análisis conformó el objeto del expediente 652/07 REPSOL/CEPSA/BP, en el que se confirmó que la petrolera continuaba incumpliendo las normas de defensa de la competencia nacionales y comunitarias, en tanto en cuanto la facultad para hacer descuentos con cargo a la comisión, reconocida a los titulares de las estaciones de servicio de su red, resultó no ser real.

La Comisión Nacional de Competencia (CNC) (hoy Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, CNMC), mediante resolución de 30 de julio de 2009 concluyó sancionar a REPSOL CPP, junto a CEPSA y BP OIL, en los siguientes términos:

«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 1[7]

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 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, 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 el 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 [Or. 10] 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.

SÉPTIMO. — Imponer a CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO, S. A., una multa de UN MILLÓN OCHOCIENTOS MIL EUROS (1 800 000 €) por la infracción sancionada.

OCTA VO. — Imponer a BP OIL ESPAÑA, S. A., una multa de UN MILLÓN CIEN MIL EUROS (1 100 000 €) por la infracción sancionada.

NOVENO. — Intimar a REPSOL COMERCIAL 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. [Or. 11]

DÉCIMO. — Ordenar a REPSOL COMERCIAL 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 económicas 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.

UNDÉCIMO. — Los sancionados justificarán ante la Dirección de Investigación el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones impuestas en los anteriores apartados.

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

La resolución de la CNC de 30 de julio de 2009 ha sido confirmada en su revisión judicial, deviniendo firme. La CNC concluyó la existencia de la infracción pese al reconocimiento expreso —en contrato o en virtud de la comunicación de 7 de

noviembre de 2001— por parte de REPSOL CPP al titular de la estación de servicio de la posibilidad de hacer descuentos; y, pese a la realización por el titular de la estación de servicio de descuentos a través de la tarjeta SOLRED (tarjeta de pago/fidelización de REPSOL CPP).

En el expediente de vigilancia (expediente VS/652/07 REPSOL/CEPSA/BP), la CNMC ha dictado tres resoluciones (resolución de 20 de diciembre de 2013, firme al haber sido confirmada en febrero de 2020 por la Sala Tercera del Tribunal Supremo; resolución de 27 de julio de 2017, y la reciente resolución de 12 de junio de 2020). De estas resoluciones se concluye que REPSOL ha continuado con la práctica ilícita durante más de 10 años.

— En el caso concreto se ejercita una acción de nulidad de los contratos concatenados existentes entre las partes, con solicitud de la indemnización de los daños ocasionados (acción *stand alone*). La nulidad se fundamenta en el artículo 101.2 TFUE, por fijar REPSOL CPP el PVP de los combustibles y carburantes, a saber, por infracción del artículo 101.1 TFUE y, como prueba de la práctica ilícita, se presentan por la demandante las resoluciones firmes de la autoridad nacional de la competencia (resolución del TDC, de 11 de julio de 2001, y resolución de la CNC, de 30 de julio de 2009).

[b)] EL TEXTO DE LAS DISPOSICIONES NACIONALES QUE PUEDAN SER APLICABLES AL ASUNTO Y, EN SU CASO, LA JURISPRUDENCIA NACIONAL PERTINENTE [Or. 12]

— En [sentencia] del TJUE, de 2 de abril de 2009, Pedro IV, asunto C-260/07, se resuelve la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona, en los siguientes términos: «3) *Las cláusulas contractuales relativas a los precios de venta al público, como las controvertidas en el litigio principal, pueden acogerse a la exención pro categorías en virtud del Reglamento n.º 1984/83, en su versión modificada por el Reglamento n.º 1582/97, y del Reglamento n.º 2790/99, si el proveedor se limita a imponer un precio de venta máximo o a recomendar un precio de venta y si, por lo tanto, el revendedor tiene una posibilidad real de determinar el precio de venta al público. En cambio, dichas cláusulas no pueden acogerse a las referidas exenciones si conducen, directamente o a través de medios indirectos o subrepticios, a la fijación de precios de venta al público o a la imposición de precios de venta mínimos por el proveedor. [...]*»

— El artículo 2 del Reglamento (CE) n.º 1/2003, bajo la rúbrica «Carga de la Prueba», prevé lo siguiente: «*En todos los procedimientos nacionales y comunitarios de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, la carga de la prueba de una infracción del apartado 1 de artículo 81 o del artículo 82 del Tratado recaerá sobre la parte o la autoridad que la alegue. La empresa o asociación de empresas que invoque el amparo de las disposiciones del apartado 3 del artículo 81 del Tratado deberá aportar la prueba de que se cumplen las condiciones previstas en dicho apartado.*»

En su considerando 5 ya establece que: **«Para garantizar la aplicación efectiva de las normas comunitarias de competencia, así como el respeto de los derechos fundamentales de la defensa, el presente Reglamento debe regular la atribución de la carga de la prueba en el ámbito de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado. Incumbe a la parte o autoridad que alegue una infracción del apartado 1 del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado probar su existencia conforme a derecho. Incumbe a la empresa o asociación de empresas que invoque el amparo de una excepción frente a la constatación de una infracción probar conforme a derecho que se reúnen las condiciones necesarias para acogerse a dicha defensa. El presente Reglamento no afecta ni a las normas nacionales en materia de valoración de la prueba ni a las exigencias a que están sometidas las autoridades de competencia y jurisdicciones nacionales de los Estados miembros para determinar los hechos pertinentes de un asunto, siempre que esas normas y exigencias sean compatibles con los principios generales del Derecho comunitario.»**

Y, en su considerando 22 que: **«En un sistema de competencias paralelas deben evitarse decisiones contradictorias con el fin de garantizar así el respeto de los principios de seguridad jurídica y aplicación uniforme de las normas de competencia comunitarias. [...]» [Or. 13]**

Además, de acuerdo con el principio de efectividad, las normas aplicables a los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el efecto directo del Derecho de la Unión confiere a los justiciables no deben hacer prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión.¹ A este respecto y específicamente en el ámbito del derecho de la competencia, estas normas no deben menoscabar la aplicación efectiva de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE.²

— Un ejemplo reciente de la falta de valor probatorio de las resoluciones de la autoridad nacional de la competencia en un procedimiento con objeto análogo al que nos ocupa es la sentencia núm. 381/2020 de la Sección 28.^a de la Audiencia Provincial de Madrid (Audiencia que revisará en segunda instancia la sentencia que en su día se dicte por el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Madrid), de 17 de julio de 2020, rollo de apelación núm. 4341/2018.

En esta sentencia, se señala que: **«Respecto de esa circunstancia, es la parte demandante [...] a quien incumbe la carga de demostrar la existencia,**

¹ SSTJUE de 20.09.2001, asunto C-453/99, Courage y Crehean, apdo. 29; de 13.07.2006, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, Manfredl y otros, apdo. 62; de 14.06.2011, asunto C-360/09, Pflfelderer, apdo. 24; de 06.06.2013, asunto C-536/11, Donau Chemie y otros, apdo. 27; de 05.06.2014, asunto C-557/12, Kone y otros, apdo. 25; y de 18.02.2016, asunto C-49/14, Flnanmadrid EFC, apdo. 40.

² SSTJUE de 07.12.2010, asunto C-439/08, VEBIC, apdo. 57; de 14.06.2011, asunto C-360/09, Pflfelderer, apdo. 24; de 06.06.2013, asunto C-536/11, Donau Chemie y otros, apdo. 27; y de 05.06.2014, asunto C-557/12, Kone y otros, apdo. 26.

naturaleza, tiempo, modo y lugar de los pactos alcanzados o de las medidas de presión, directas o indirectas, que la petrolera demandada pudiera haber llevado a cabo en contra de aquélla para impedirle la realización de minoraciones en los precios con cargo a su comisión.»

«[...] hay que ser consciente de los diferentes papeles que cumplen unos u otros órganos, las autoridades de defensa de la competencia (y, eventualmente, las ulteriores resoluciones de los tribunales contencioso-administrativos) y los órganos jurisdiccionales de lo mercantil, porque ello es determinante de las decisiones que pueden ser esperadas de unos y de otros. El elenco de relaciones contractuales examinado por la CNC puede constituir una muestra significativa a efectos de aplicación contra un operador petrolífero de las medidas represivas procedentes por parte de un órgano de la administración que asume funciones de vigilancia económica. Ahora bien, en el seno de un proceso civil no basta, cuando se persigue obtener la declaración de nulidad de una relación contractual individual, que se esgriman conclusiones generales sobre el funcionamiento más o menos idóneo de una red comercial que puedan extraerse del expediente administrativo, sino que es preciso que en el marco del litigio civil se efectúe un análisis individual de la relación contractual objeto del mismo y se demuestre que precisamente el gasolinero demandante, y no otro sujeto, ha sido víctima de una práctica de fijación de precios, que debería quedar [Or. 14] concretada y puesta de manifiesto en su caso concreto para que el juez civil pudiera plantearse la declaración de nulidad.»

«Además, la STS de [3]0 de noviembre de 2012, con amplia cita jurisprudencial, señala como doctrina consolidada que la imposibilidad real de hacer descuentos no puede quedar probada, sin más, en virtud de expedientes de los órganos de defensa de la competencia relativos al comportamiento, en su consideración global, del operador petrolífero. Las actuaciones administrativas de la CNC, incluso ratificadas después por los tribunales de lo contencioso-administrativo, no tienen por qué conllevar la automática nulidad civil de absolutamente todos los contratos de abanderamiento en exclusiva celebrados por las operadoras petrolíferas sometidos a aquéllas. De lo contrario, se llegaría al absurdo de considerar que las resoluciones administrativas (tales como la Resolución del TDC de 11 de julio de 2001 o la posterior de la CNC de 30 de julio de 2009) pudieran dar lugar, como consecuencia ineludible, a la nulidad de miles de contratos de suministro suscritos por las distintas operadoras petrolíferas, prescindiendo de las concretas relaciones que de los mismos derivan. Nos parece importante remarcar que, en los pleitos civiles de la índole del que aquí nos ocupa, lo que se está ejercitado son acciones de nulidad (stand alone) y no acciones de responsabilidad civil por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia (follow on), en las que sólo se trata de resarcir al perjudicado por la infracción ya detectada por los órganos de control de la libre competencia.»

«De manera que, prescindiendo de generalizaciones cuya trascendencia sólo puede ser la de la adopción por la autoridad competente de medidas de carácter sectorial que contribuyan a una mejora general del mercado [...]»

— Según la Sección 28.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, no resulta suficiente el acreditar que la estación de servicio se encuentra dentro del ámbito subjetivo de la resolución de la autoridad nacional de la competencia, sino que deben reproducirse en el caso concreto y ante el Juez civil las pruebas que hayan constituido la instrucción del concreto expediente administrativo.

Las resoluciones de la autoridad nacional de la competencia, pese a su confirmación judicial, no constituyen ni tan siquiera un indicio de la práctica ilícita para el juez civil, pese a que los expedientes concluidos por la resolución del TDC de 11 de julio de 2001 y por la resolución de la CNC de 30 de julio de 2009 declaran acreditada la práctica ilícita con respecto a todas las estaciones supuestamente «comisionistas» de la red abanderada de REPSOL CPP.

[c] RAZONES QUE HAN LLEVADO AL ÓRGANO JURISDICCIONAL REMITENTE A PREGUNTARSE SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE DETERMINADAS [Or. 15] DISPOSICIONES DEL DERECHO DE LA UNIÓN, ASÍ COMO DE LA RELACIÓN QUE A SU JUICIO EXISTE ENTRE DICHAS DISPOSICIONES Y LA NORMATIVA NACIONAL APLICABLE EN EL LITIGIO PRINCIPAL

Resulta claro que la carga de la prueba de la práctica ilícita recae en la actora. No obstante, es posible que el cumplimiento de esta obligación probatoria se cumpla con la mera acreditación de que la relación contractual concreta se encuentra dentro del ámbito subjetivo de las resoluciones firmes de la autoridad nacional de la competencia.

Esta problemática aparece resuelta con respecto a las acciones de daños (*follow on*) tras la transposición al ordenamiento español de la Directiva 2014/104/UE, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea («Directiva de Daños»).

El artículo 75 de la LDC, en su apdo. 1, establece que: «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 finalidad última de esta normativa se desprende de los considerandos de la propia Directiva de Daños.

En el considerando (3) de la Directiva de Daños se establece que: **«Los artículos 101 y 102 del TFUE producen efectos directos en las relaciones entre**

particulares y generan, para los afectados, derechos y obligaciones que los órganos jurisdiccionales nacionales deben aplicar. Por tanto, los órganos jurisdiccionales nacionales también tienen una **función esencial en la aplicación de las normas sobre competencia (la aplicación privada).** Al pronunciarse sobre litigios entre particulares protegen los derechos subjetivos que emanan del Derecho de la Unión, por ejemplo, mediante el resarcimiento de daños y perjuicios a las víctimas de infracciones. La plena efectividad de los artículos 101 y 102 del TFUE, y en particular el efecto práctico de las prohibiciones en ellos establecidas, exigen que cualquier persona, ya se trate de un particular, incluidos los consumidores y las empresas, o de una autoridad pública, pueda reclamar ante los órganos jurisdiccionales nacionales el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por una infracción de estas disposiciones. [...]»

En el considerando (4) de la Directiva de Daños se añade que: **«El derecho, contemplado en el Derecho de la Unión, a resarcimiento por los daños y perjuicios derivados de [Or. 16] infracciones del Derecho de la competencia de la Unión y nacional exige que todos los Estados miembros cuenten con normas de procedimiento que garanticen su ejercicio efectivo.** La necesidad de que existan vías procesales eficaces también se deriva del derecho a la **tutela judicial efectiva,** con arreglo a lo dispuesto en el artículo 19, apartado 1, párrafo segundo, del Tratado de la Unión Europea (TUE) y en el artículo 47, párrafo primero, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Los Estados miembros deben garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos del Derecho de la Unión.»

Asimismo, en el considerando (11) de la Directiva de Daños continúa afirmando que: **«En ausencia de legislación de la Unión, las acciones por daños se rigen por las normas y procedimientos nacionales de los Estados miembros. De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Tribunal de Justicia), cualquier persona puede reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos cuando exista una relación causal entre los mismos y la infracción del Derecho de la competencia. Todas las normas nacionales que regulan el ejercicio del derecho a resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por una infracción de los artículos 101 TFUE o 102 TFUE, incluidas las relativas a aspectos no abordados en la presente Directiva, como el concepto de relación causal entre la infracción y los daños y perjuicios, han de observar los principios de efectividad y equivalencia.** Ello quiere decir que no se deben formular o aplicar de manera que **en la práctica resulte imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho a resarcimiento garantizado por el TFUE,** o de modo menos favorable que las aplicables a acciones nacionales similares [...].»

Por lo que respecta a la carga de la prueba en los casos de acciones de daños, en su considerando (14) la Directiva de Daños apunta la dificultad probatoria en los siguientes términos: **«Las acciones por daños ocasionados por infracciones del Derecho de la competencia de la Unión o nacional suelen exigir un análisis fáctico y económico complejo. Las pruebas que se necesitan para acreditar una**

reclamación de daños y perjuicios suelen estar exclusivamente en posesión de la parte contraria o de terceros, y no son conocidas suficientemente por el demandante o no están a su alcance. En tales circunstancias, el establecimiento de estrictos requisitos legales que exijan de los demandantes hacer valer en detalle todos los hechos del caso y aportar elementos de prueba muy específicos al inicio de una acción, puede obstaculizar indebidamente el ejercicio efectivo del derecho a resarcimiento garantizado por el TFUE».

Y, en su considerando (34) añade que: «[...] **Con el fin de reforzar la seguridad jurídica, evitar incoherencias en la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE, aumentar la efectividad y la eficiencia procedimental de las acciones por daños y mejorar el funcionamiento del mercado interior para las empresas y los consumidores, la constatación de una infracción de los artículos 101 o 102 del TFUE recogida en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano [Or. 17] jurisdiccional competente no debe volver a ser objeto de litigio en posteriores acciones por daños.** Por consiguiente, debe considerarse que esa constatación ha sido establecida **de modo irrefutable** en las acciones por daños en relación con dicha infracción, ejercitadas en el Estado miembro de la autoridad nacional de la competencia o ante un órgano jurisdiccional competente. **Los efectos de esa constatación deben abarcar únicamente, no obstante, la naturaleza de la infracción y su alcance material, personal, temporal y territorial, tal como los haya determinado la autoridad de la competencia o el órgano jurisdiccional competente en el ejercicio de sus funciones.** Cuando en una resolución se declare que se infringe el Derecho nacional de la competencia en casos en que se aplican simultánea y paralelamente el Derecho de la competencia de la Unión y el nacional, se debe considerar asimismo que esa infracción queda constatada de modo irrefutable.»

- En el caso concreto, es cierto que no se ejercita una mera acción de daños, sino que se interesa la nulidad de los acuerdos en aplicación del artículo 101.2 TFUE, pero la negación del valor probatorio de las resoluciones firmes de la autoridad nacional de la competencia tiene una doble consecuencia: (i) mantenimiento de acuerdos que infringen el artículo 101 TFUE; (ii) la no reparación del daño al perjudicado por la práctica prohibida, con el consiguiente enriquecimiento injusto del infractor.

Además, los fundamentos que apoyan que las resoluciones de la autoridad nacional de la competencia constituyan prueba irrefutable de la infracción en las acciones de daños son trasladables a las acciones de nulidad.

- De todo lo anterior, surge la duda de si el rigor probatorio aplicado por la Sección 28.^a de la Audiencia Provincial en las acciones de daños es o no conforme al Derecho de la Unión. Lógicamente, hay que dar cumplimiento a los requisitos del artículo 2 del Reglamento CE n.º 1/2003. Ahora bien, acreditado que el contrato en cuestión se corresponde con las prácticas sancionadas y con la tipología de contratos analizados (suministro en exclusiva y abanderamiento) de una de las empresas sancionadas (REPSOL) en el período de tiempo analizado por

las resoluciones (años 1999/2019) y en el ámbito territorial en el que se produjo la infracción (Reino de España), podría entenderse cumplido ese requisito. Una interpretación rigorista del referido precepto generaría una suerte de prueba diabólica imposible de satisfacer.

- Aun cuando el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Madrid no sea la última instancia, la Sección 28.^a de la Audiencia Provincial que revisará en segunda instancia su sentencia sí puede serlo, a la vista del carácter extraordinario del recurso de casación y de las sucesivas inadmisiones que se están acordando por la Sala Primera del Tribunal Supremo al plantearse la revisión de las sentencias de apelación relativas a la fijación del PVP y al valor que en nuestro Derecho deben tener las resoluciones de la autoridad nacional de la competencia. **[Or. 18]**

CUESTIONES QUE SE PLANTEAN

En virtud de lo dispuesto,

EL JUZGADO ACUERDA: Formular al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el ámbito del artículo 267 TFUE, la siguiente petición de decisión prejudicial, en interpretación del artículo 2 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

1º). — Si el demandante acredita que su relación contractual de suministro en exclusiva y abanderamiento (en régimen de comisión o de venta en firme con precio de referencia —reventa con descuento—) con REPSOL se encuentra dentro del ámbito territorial y temporal analizado por la autoridad nacional de la competencia, **¿debe entenderse que la relación contractual se encontraba afecta por la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 11 de julio de 2001 (expediente 490/00 REPSOL) y/o por la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 30 de julio de 2009 (expediente 652/07 REPSOL/CEPSA/BP), dándose por cumplidos, en virtud de aquellas, los requisitos del artículo 2 del Reglamento CE n.º 1/2003 en cuanto a la carga de la prueba de la infracción?**

2º). — En el supuesto de respuesta afirmativa a la cuestión anterior, y acreditado en el caso concreto que la relación contractual se encuentra afecta por la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 11 de julio de 2001 (expediente 490/00 REPSOL) y/o por la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 30 de julio de 2009 (expediente 652/07 REPSOL/CEPSA/BP), **¿la consecuencia necesaria debe ser la declaración de nulidad de pleno derecho del acuerdo, de conformidad con el artículo 101.2 TFUE?**

[OMISSIS]

[OMISSIS] **[Or. 19]**

[OMISSIS]

[OMISSIS] [Fórmulas procesales finales, firmas e indicación sobre la protección de datos personales] [**Or. 20**]