

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) n.º 198/2022, de 8 de marzo de 2022

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO. APLICACIÓN DE CONDICIONES DESIGUALES. ESTACIONES DE SERVICIO

El modelo de negocio de las estaciones de servicio abanderadas —gasolineras cuya imagen y marca pertenece a una gran petrolera— presenta variedades jurídicas muy diferenciadas en función del contrato realizado. Como modalidades más relevantes, se distingue entre contratos de venta en firme (DODO, *Dealer Owned Dealer Operated*) —en los que tanto la propiedad como la gestión de la gasolinera no son de la petrolera, que se obliga tan solo al suministro de combustible y a cubrir gastos de imagen—, y contratos especiales de gestión (CODO, *Company Owned Dealer Operated*) —más habituales en España—, en los que la propiedad de la gasolinera permanece en la petrolera, que se obliga frente al gestor a ceder su imagen y suministrarle combustible. El beneficio del gestor se halla muy vinculado a la modalidad del correspondiente negocio jurídico, pues mientras en contratos DODO el propietario-gestor suele fijar libremente sus precios y en función de ellos obtiene su beneficio, en acuerdos CODO las partes fijan una comisión por litro vendido, sobre la que el gestor puede realizar descuentos para competir en el mercado, disponiendo de menos margen para ello. Como se deduce, los supuestos son muy diferentes entre sí, como también lo es la inversión de las partes en el negocio.

En este contexto adquiere relevancia la reciente sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) n.º 938/2022, de 8 de marzo de 2022, que resuelve dos recursos —extraordinario por infracción procesal y de casación— interpuestos por una SL (*Monte Real*) vinculada con *Repsol* por un contrato CODO contra la sentencia n.º 233/2018, de 19 de abril, dictada por la Sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid. La inviabilidad económica del negocio para *Monte Real*, derivada de los estrechos márgenes de beneficio y de la reducción de las ventas, motivó la demanda inicial ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Madrid, fundamentada en la infracción del Derecho de la Competencia, tanto en su vertiente desleal como *antitrust*. Se trata de una sentencia que resuelve una cuestión muy concreta en un sector del mercado en el que el TS tiene gran experiencia, sobre todo en relación con los pactos de exclusiva y la fijación de precios máximos y recomendados en los contratos de abanderamiento. Pretensiones análogas a las de la sentencia comentada fueron ya intentadas sin éxito desde hace tiempo por estaciones de servicios ante juzgados y autoridades de competencia —es el caso, por ejemplo, del sobreseimiento de una denuncia similar por el Servicio de Defensa de la Competencia en 2005 (Expte. R 644/05), confirmado por el Tribunal de Defensa de la Competencia, Audiencia Nacional y Tribunal Supremo—.

La sentencia de instancia, dictada el 7 de marzo de 2016 por el Juzgado de lo Mercantil de Madrid n.º 4, estimó parcialmente la demanda de *Monte Real*, declarando la infracción de los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) y 101-102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), así como de los artículos 4.1 y 6.1 de la Ley de Competencia Desleal (LCD), al considerar que se produjo una práctica colusoria de fijación indirecta de precios y un abuso de posición dominante en su modalidad de trato discriminatorio; se entendió que el ajuste en la comisión impuesta por *Repsol* es donde radicaba el problema, al impedir que *Monte Real* pudiera aplicar descuentos suficientes para competir. De forma muy clara el Juzgado sostuvo que

la comisión es de tan reducido importe que el revendedor no puede hacer los descuentos razonables para competir, mucho más cuando *Repsol* tiene en la zona otra estación de servicio a la que consta probado que tiene unos márgenes que sí puede hacer descuentos, y sobre todo superiores a los que en la práctica el demandante puede realizar en su estrecho margen. Se da el caso que también, hay otras operadoras en la zona, independientes de *Repsol* contra las que tampoco puede competir el demandante al carecer de margen para hacerlo, en definitiva, la fijación de precios PVP recomendados por *Repsol* a *Monte Real*, según las comisiones que percibe, le obliga a tener unos precios por encima de los de la zona, o perder dinero en el caso de que quiera hacer descuentos que le permitan competir con la propia *Repsol* o con las gasolineras circundantes.

Como consecuencia de estas consideraciones, el Juzgado condenó «a la demandada a cesar en sus conductas abusivas en el futuro, debiendo ofrecer a la demandante los mejores precios ofrecidos por otros operadores o a otros revendedores o comisionistas, y al abono a la demandante de 2.320.102 de euros por los perjuicios sufridos desde el 2008 a 2012, ambos inclusive, desestimando el resto de los pedidos de la demanda y desestimando la reconvencción de *Repsol* sin condena en costas». Lo que no estimó el Juzgado fue la declaración de nulidad del contrato de arrendamiento solicitada por la demandante, por entender que tal nulidad «acarrearía también el resto de la relación contractual que vincula a las partes en el conflicto, lo que no se ha pedido». Respecto a esta cuestión el Juzgado siguió la línea del TS español, que, sobre todo en materia de fijación de precios y de exclusividad, no acepta con carácter general que la infracción *antitrust* pueda tener carácter accesorio respecto al conjunto del contrato (sobre esta cuestión y su crítica resulta interesante MARTÍ MIRAVALLS, J. 2021: *Nulidad y Derecho de la Competencia*. Aranzadi).

El fallo cambia radicalmente en la segunda instancia, al estimarse el recurso de apelación y revocarse la resolución inicial. La AP de Madrid (Sección 28.^a) rechazó que el supuesto de hecho implicara una fijación indirecta de precios o una modalidad de abuso de posición dominante consistente en el trato discriminatorio, al considerar que *Repsol* proporcionó «sólidos indicios de que a *Monte Real* le es posible practicar descuentos con cargo a su comisión sin que ello afecte a la viabilidad empresarial de su

actividad de venta de combustible (siempre, naturalmente, suponiendo que mantiene para el resto de sus servicios el grado de atractivo suficiente como para estimular la parada y consiguiente visita del usuario), y que, por el contrario, *Monte Real*, que es sobre quien pesaba la carga de hacerlo, no ha logrado demostrar la inviabilidad de tal práctica al tomar como referencia hipótesis extremas de descuento carentes de la menor lógica desde el punto de vista empresarial». La AP reiteró consideraciones ya realizadas por el TS en su sentencia 789/2012, de 4 de enero de 2013, según la cual «si el contrato permite hacer descuentos en el precio de venta al público, la prueba de su imposibilidad real incumbe a la parte litigante que pide la nulidad, normalmente mediante prueba pericial, de modo que por regla general habrá de respetarse el juicio probatorio del tribunal de instancia sobre este punto»; en este mismo sentido podrían consultarse las siguientes sentencias del TS: 61/2011, de 28 de febrero; 312/2011, de 5 de mayo; 300/2011, de 13 de junio; 647/2011, de 28 de septiembre; 739/2011, de 2 de noviembre; 166/2012, de 3 de abril; 236/2012, de 10 de abril; 699/2015, de 17 de diciembre, y 54/2019, de 24 de enero.

Respecto a las pretensiones basadas en la LCD, la AP de Madrid consideró que la sentencia apelada incurrió en un error de naturaleza conceptual, ya que el trato discriminatorio del artículo 16.1 de la LCD, único ilícito que aprecia la sentencia apelada, tiene por sujeto pasivo al «consumidor», resultando evidente que *Monte Real* carece de tal cualidad.

Ante la Sala de lo Civil del TS se interpusieron dos recursos, uno extraordinario por infracción procesal y otro de casación. En el primero se alegaron cuatro motivos, de los que la Sala solo admitió uno de ellos, que, formulado al amparo del artículo 469.1.2.º de la LEC, denunciaba la infracción del art. 218.1 de la LEC, por considerar la existencia de *incongruencia omisiva* respecto a la alusión en la demanda a la fijación directa e indirecta de precios. La falta de argumentación por la demandante sobre este aspecto implicó que la AP se abstuviera de realizar mayores consideraciones, lo que no significa necesariamente para el TS que haya existido tal incongruencia. Lo más interesante de la STS en este punto es la reiteración de su jurisprudencia que considera que las sentencias desestimatorias de la demanda y absolutorias de la parte demandada, salvo supuestos muy concretos, que no son del caso, no pueden tacharse de incongruentes, toda vez que resuelven todas las cuestiones propuestas y debatidas (por todas, SSTS 370/2011, de 9 de junio, y 488/2021, de 6 de julio), sin necesidad de que exprese la desestimación de cada una de las peticiones formuladas y menos aún de todas las cuestiones suscitadas en la demanda, y con independencia también de que la desestimación de una petición puede ser implícita como consecuencia de lo razonado en general (como establece, entre otras, la STS 232/2010, de 30 de abril de 2010). Aunque el TS no hace más referencia a esta cuestión, debe recordarse que el Tribunal Constitucional resolvió que esta modalidad de incongruencia, en interpretación del artículo 24 de la Constitución española, se produce cuando, «habiendo dejado el órgano judicial sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por las partes, no quepa interpretar razonablemente el silencio como una desestimación tácita, al poder

inferirse que es así del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, teniendo en cuenta que la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión» (Sentencia 73/2009, de 23 de marzo).

El recurso de casación resuelve los dos motivos alegados por la recurrente, realizando el TS interesantes consideraciones acerca del abuso de posición dominante como ilícito *antitrust*.

Según el primero, se denuncia infracción de los artículos 102 c) TFUE y 2 d) LDC, al reiterarse por los recurrentes la existencia de abuso de posición dominante por la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, colocando a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. En este caso *Monte Real* pone en evidencia su posición respecto a otros competidores, también abanderados por *Repsol*, aunque bajo la modalidad DODO. El recurrente alega errores de la AP cuando descarta la infracción *antitrust*, al no examinar todas las circunstancias pertinentes del mercado —como exige la STJUE de 19 de abril de 2018 (C-525/16, *MEO-Serviços de Comunicações e Multimédia*, SA)—, sino que únicamente se fija en la cantidad invertida —mucho menor en la modalidad CODO que en la DODO—, y al establecer un requisito no previsto en la jurisprudencia del TJUE, como es que, para la comparación, «las circunstancias de esas personas en relación con quien les brinda esa clase de trato sean las mismas».

La clave de la desestimación de este motivo por el TS es precisamente su consideración, en contra de lo afirmado por la recurrente, de que la AP sí ha examinado *todas las circunstancias pertinentes del mercado*, tal y como exige la jurisprudencia de la Unión Europea. El TS cita la mencionada STJUE de 19 de abril de 2018, donde se reitera que la «discriminación de socios comerciales que se encuentran en relación de competencia solo podrá considerarse abusiva si el comportamiento de la empresa en posición dominante pretende, según se desprende de todas las circunstancias del caso concreto, llevar a una distorsión de la competencia entre esos socios comerciales».

La exigencia de tener en cuenta «todas las circunstancias» en asuntos relativos a la determinación de abuso de posición dominante es clave, pues su exigencia resulta constante a nivel de la jurisprudencia europea, y no solo respecto a esta modalidad de abuso. En este sentido, por ejemplo, la STJUE de sentencia de 14 de septiembre de 2017 (asunto C-177/16, caso *AKKA/LAA*), que resolvió cuestiones prejudiciales planteadas en el marco de un recurso contra la resolución del Consejo de la Competencia de Letonia que impuso una multa derivada de un abuso de posición dominante por haber aplicado tarifas excesivas, reiteró que «incumbía al tribunal remitente comprobar, a la luz de todas las circunstancias del caso de autos», si se cumplían los presupuestos de la infracción (en el mismo sentido, TJUE de 27 de marzo de 2012, asunto C-209/10, caso *Post Danmark A/S*). De forma más cercana al supuesto de la sentencia que se comenta, el TJUE, en su sentencia de 2 de abril de 2009 (C-260/07), consideró ilícitas las cláusulas de contratos con estaciones de servicio «si conducen, directamente o a través de medios indirectos o subrepticios, a la fijación del precio

de venta al público o a la imposición del precio de venta mínimo por el proveedor...», incumbiendo «al órgano jurisdiccional remitente verificar si se imponen estas restricciones al revendedor, *teniendo en cuenta el conjunto de obligaciones contractuales consideradas en su contexto económico y jurídico, así como el comportamiento de las partes del litigio principal*».

El TS está de acuerdo en que la infracción alegada debe resolverse conforme a los criterios que ha consolidado el TJUE, como sostiene la recurrente, pero considera que la AP ha actuado conforme a la misma, ya que su sentencia sí analiza circunstancias adicionales a la cuantía de la inversión, al tomar también en consideración la diferencia de tipología contractual que une a *Repsol* con las distintas suministradoras (DODO o CODO).

El segundo motivo de casación denuncia infracción de los artículos 102 a) TFUE y 2 a) LDC, alegándose por la recurrente que la AP ignoró la imposición de precios y condiciones comerciales no equitativas por parte de *Repsol*. Como ha sucedido en relación con otras sentencias desestimatorias, el TS echa de menos un análisis preciso de la recurrente «para comprobar que existe una diferencia significativa entre el precio cobrado y los descuentos ofrecidos por *Repsol* al entorno competitivo de *Monte Real (Duperier y Megino)* y a la propia *Monte Real*», reiterando la ausencia de una alegación específica a este asunto en primera instancia, donde solo se aludió genéricamente a la fijación de precios. Además, se considera que la AP acierta al resolver la cuestión «desde la realidad de que las relaciones jurídicas entre las partes en los distintos casos comparados son diferentes y esa diferencia condiciona las relaciones económicas resultantes». Esta alegación no es comparable a la realizada en casos anteriores en los que se condenó a las petroleras por fijación indirecta de precios; recuérdese que el 30 de julio de 2009 el Consejo de la extinta CNC estimó la existencia de tal infracción respecto a precios de venta al público de empresarios independientes que operaban bajo la bandera de las petroleras, restringiendo la competencia entre las estaciones de servicio de su red y entre el resto de las estaciones de servicio (Expte. S/0652/07), siendo confirmado finalmente por el TS en 2015.

Este segundo motivo, desestimado principalmente por la falta de solidez de la alegación, debe ponerse en relación con supuestos análogos en los que el TS ha tratado la cuestión. Entre las resoluciones más recientes destaca su sentencia 618/2020, de 17 de noviembre, donde, entre otras cuestiones, se pronuncia sobre la posible comisión de una infracción de fijación de precio por estrechez de márgenes en las comisiones de las estaciones de servicios. En este caso el TS vuelve a reiterar la decisión de la AP, ya que declaró probado

que no constaba en modo alguno que se impidiera a la demandante rebajar el precio con cargo a su comisión, así como que muchos años antes de iniciarse el litigio se le reconoció expresamente el derecho de aplicar los descuentos que estimase convenientes. E igualmente, resaltó que también se hacían descuentos a los titulares de las tarjetas de fidelización. Por lo que concluye, con todo acierto, que en estas circunstancias la pretensión de nulidad absoluta de la relación contractual por una supuesta

fijación de precios constituye una utilización instrumental de las normas del Derecho de la Competencia ajena a sus fines de protección.

La desestimación de los recursos en la sentencia que se comenta lleva finalmente al TS a imponer a la recurrente las costas causadas por ambos recursos y a ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para su formulación.

Fernando DE LA VEGA GARCÍA
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Murcia
flavega@um.es