



Roj: **STS 938/2022 - ECLI:ES:TS:2022:938**

Id Cendoj: **28079110012022100193**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/03/2022**

Nº de Recurso: **4079/2018**

Nº de Resolución: **198/2022**

Procedimiento: **Recurso extraordinario infracción procesal**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 198/2022**

Fecha de sentencia: 08/03/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 4079/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 02/03/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE MADRID SECCION N. 28

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 4079/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 198/2022**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 8 de marzo de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por SPD Monte Real S.L., representada por el procurador D. David García Riquelme, bajo la dirección letrada de D.ª Susana Beltrán Ruiz y D. Felipe Santiago Fernández Valero, contra la sentencia núm. 233/2018, de 19 de abril,



dictada por la Sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 419/2016, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 181/2013 del Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Madrid, sobre defensa de la competencia. Ha sido parte recurrida Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A., representada por la procuradora D.ª Guadalupe Hernández García y bajo la dirección letrada de D. Pedro Arévalo Nieto.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. David García Riquelme, en nombre y representación de SPD Monte Real S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

"1. Declare que la demandada ha infringido los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

"2. Declare que la demandada, Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A. ha infringido los artículos 4.1 y 16.1 y 2 de la Ley de Competencia Desleal.

"3. Declare la nulidad del contrato de arrendamiento de industria y exclusiva de suministro de fecha 17 de julio de 1997, suscrito con la demandada, ex artículo 101.2 del TFUE.

"4. Subsidiariamente, y para el supuesto de que no fuera estimada la nulidad instada en el pedimento 3 de este suplico, condene a la demandada a cesar inmediatamente en sus conductas abusivas ( artículo 2 de la LDC y 102 del TFUE) y desleales ( artículos 4.1 y 16.1 y 2 de la LCD), y a abstenerse de practicar dichas conductas en el futuro.

"5. Condene a la demandada al abono a mi representada de la indemnización por los daños y perjuicios causados, ello de conformidad con las manifestaciones vertidas en el Hecho Décimo y en el FJ V.V. de la presente demanda.

"6. Condene a la demandada a publicar el contenido de la Sentencia que se dicte, en un periódico de gran difusión y tirada nacional, de conformidad con el artículo 32.2 de la LCD.

"7. Condene a la demandada al pago de las costas".

2.- La demanda fue presentada el 14 de marzo de 2013 y repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Madrid, se registró con el núm. 181/2013. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Guadalupe Hernández García, en representación de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

"[...] dictar Sentencia desestimando íntegramente la demanda formulada, con expresa imposición de costas a la parte actora.

Subsidiariamente, para el negado supuesto que se declare la comisión de alguna infracción del Derecho de la Competencia o de la Competencia Desleal:

a) Declare que no ha lugar a la indemnización de daños y perjuicios a favor de la actora; b) subsidiariamente a la petición anterior, declare prescritas las acciones de indemnización de daños y perjuicios conforme a los criterios de prescripción expuestos en los fundamentos de derecho de la presente contestación; y c) subsidiariamente a las peticiones anteriores, declare los efectos liquidatorios desde la fecha de la resolución y nunca con efectos retroactivos anteriores a dicha resolución judicial conforme a lo expresado en el correspondiente fundamento de derecho de esta contestación".

Asimismo dicha parte formuló reconvencción en la que solicitaba:

"[...]tenga por formulada en tiempo y forma DEMANDA RECONVENCIONAL SUBSIDIARIA, frente a la actora, para que:

"1º.- En el caso de que se declare la nulidad del Contrato objeto de esta litis, se condene a la actora a restituir a nuestra mandante en la posesión de la Estación de Servicio al haberse quedado sin título alguno para poseer la misma, ordenado su desalojo de la E.S. y ordenando su lanzamiento de la E.S. caso de no devolver su posesión voluntariamente.

"2º.- Condene a la actora reconvenida al pago de las costas de esta reconvencción."



4.- La representación procesal de SPD Monte Real S.L. contestó a la demanda reconvenional mediante escrito de fecha 2 de septiembre de 2013.

5.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Madrid dictó sentencia n.º 86/2016, de 7 de marzo, con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando la demanda interpuesta por SPD Monte Real, contra Repsol, S.L., declaro que la demanda ha infringido los arts. 1 y 2 de la ley de defensa de competencia y 101 y 102 del tratado del funcionamiento de la Unión Europea, infringiendo igualmente los arts. 4.1 y 6.1 de la ley de competencia desleal, condenando 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 € por los perjuicios sufridos desde el 2008 a 2012, ambos inclusive, desestimando el resto de los pedimentos de la demanda y desestimando la reconvenición de REPSOL sin condena en costas".

#### **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 419/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 19 de abril de 2018, cuya parte dispositiva establece:

"1.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 4 de Madrid que se especifica en los antecedentes fácticos de la presente resolución y desestimar la impugnación formulada por SPD MONTE REAL S.A. contra la misma sentencia.

"2.- Revocamos dicha resolución y, en su lugar, desestimamos la demanda interpuesta por SPD MONTE REAL, S.L. contra REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., con imposición a la demandante de las costas originadas por su demanda.

"3.- No efectuamos especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas por el recurso de apelación e imponemos a la impugnante las ocasionadas por su impugnación.

"De conformidad con lo establecido en el apartado ocho de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, procédase a la devolución a la apelante del depósito consignado para recurrir."

#### **TERCERO.-** *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- El procurador D. David García Riquelme, en representación de SPD Monte Real S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 LEC, por vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, dado que la valoración de la prueba efectuada en la sentencia impugnada es arbitraria, ilógica y absurda, evidenciándose un error patente en la valoración de la prueba documental, en concreto del Informe pericial aportado por esta parte en la primera instancia mediante escrito de fecha 17.10.2013 (Informe AUREN). De ahí la denunciada infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, ex artículo 24 CE.

"Segundo.- Al amparo del ordinal 2º del artículo 469.2 LEC, por infracción del art. 218.1 LEC, referido a la exhaustividad y congruencia de las sentencias, en relación con el art. 120.3 CE.

"Tercero.- Al amparo del ordinal 3º del artículo 469.3 LEC, por infracción de normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido causar indefensión (infracción esencial y determinante de nulidad ex artículo 225 LEC), dado que la sentencia recurrida infringe lo dispuesto en los artículos 337.1, 276 y 277 de la LEC [...].

"Cuarto.- Al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 LEC, por vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, evidenciándose un error patente en la valoración de la prueba documental, en concreto del documento nº 39 de la contestación a la demanda, en íntima relación con el documento nº 34 de la misma REPSOL. De ahí la denunciada infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, ex artículo 24 CE".

Los motivos del recurso de casación fueron:



"Primero.- Se interpone Recurso al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 LEC, puesto que el procedimiento se tramitó por razón de la materia y la resolución del recurso presenta interés casacional por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. La Sentencia recurrida constituye una infracción del artículo 102 c) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y el artículo 2 d) de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia (LDC).

"Segundo.- Se interpone Recurso al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 LEC (ordinario por razón de la materia) y la resolución del recurso presenta interés casacional por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. La Sentencia recurrida constituye una infracción del artículo 102 a) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y el artículo 2 a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia (LDC)".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 20 de octubre de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º) Admitir los motivos primero y segundo del recurso de casación, así como el motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal formulados por la representación procesal de SPD Monte Real, S.L., contra la sentencia n.º 233/2018, de 19 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.ª, en el rollo de apelación n.º 419/2016, dimanante de los autos de procedimiento ordinario n.º 181/2013, seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Madrid.

"2º) Inadmitir los motivos primero, tercero y cuarto del recurso extraordinario por infracción procesal formulado contra la sentencia referida".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Al no solicitarse por las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el 2 de marzo de 2022, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- La compañía mercantil SDP Monte Real S.L. (en adelante, Monte Real) formuló una demanda contra Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A. (en adelante, Repsol), en la que solicitaba: (i) La declaración de que la demandada ha infringido los arts. 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) y 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), tanto por una práctica colusoria de fijación de precios, como por una conducta de abuso de posición dominante en la específica modalidad de trato discriminatorio. (ii) La declaración de que la demandada ha infringido los arts. 4.1 y 16.1 y 2 de la Ley de Competencia Desleal (LCD). (iii) La declaración de nulidad del contrato de arrendamiento de industria y exclusiva de suministro de fecha 17 de julio de 1997 suscrito con la demandada, en aplicación del art. 101-2 TFUE. (iv) Subsidiariamente, la condena a la demandada a cesar inmediatamente en sus conductas abusivas y desleales y a abstenerse de practicar dichas conductas en el futuro. (v) La condena a la demandada a indemnizar a la actora por los daños y perjuicios causados. (vi) La condena a la demandada a publicar el contenido de la sentencia que se dicte en un periódico de gran difusión y tirada nacional. (vii) La condena a la demandada al pago de las costas.

2.- Repsol se opuso a la demanda e interesó por vía reconvenzional, con carácter subsidiario y solo para el caso de que se estimase la pretensión de nulidad del contrato de arrendamiento, la restitución de la posesión de la estación de servicio arrendada que es de su propiedad.

3.- La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda, declaró que la demandada había infringido los arts. 1 y 2 LDC y 101 y 102 TFUE, así como los arts. 4.1 y 16.1 LCD y condenó a Repsol a cesar en sus conductas abusivas, ofreciendo a la demandante los mejores precios ofrecidos a otros operadores, revendedores o comisionistas y a indemnizar a Monte Real en 2.320.102 €. Desestimó el resto de las pretensiones de la demanda, así como la reconvección.

4.- Repsol interpuso un recurso de apelación, en el que solicitó la desestimación de la demanda. Y Monte Real, además de oponerse al recurso de apelación, impugnó la sentencia con la pretensión de nulidad del contrato de arrendamiento.

5.- La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y desestimó la impugnación, como resultado de lo cual, desestimó la demanda y la reconvección. En lo que ahora importa, consideró que por parte de la



demandada no existía conducta discriminatoria respecto de la demandante en relación con su competidora, porque las relaciones jurídicas mantenidas con ambas estaciones de servicio eran diferentes y justificaban la existencia de distintos márgenes de beneficio.

6.- La demandante interpuso un recurso extraordinario por infracción procesal, del que solo se ha admitido un motivo, y un recurso de casación.

### **Recurso extraordinario por infracción procesal**

**SEGUNDO.-** *Único motivo de infracción procesal admitido. Incongruencia omisiva*

*Planteamiento:*

1.- El segundo motivo de infracción procesal (único admitido), formulado al amparo del art. 469.1.2º LEC, denuncia la infracción del art. 218.1 LEC.

2.- En el desarrollo de este motivo, la parte recurrente aduce, resumidamente, que la sentencia recurrida ha omitido pronunciarse sobre la infracción de los arts. 102 a) TFUE y 2 a) LDC, como consecuencia de la imposición de precios y condiciones comerciales no equitativas por parte de Repsol.

*Decisión de la Sala:*

1.- En primer lugar, no hay omisión de pronunciamiento, porque la infracción de los arts. 102 TFUE y 2 LDC que realmente imputaba la demandante a Repsol era, según la propia demanda, el abuso de posición dominante de Repsol por aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que colocaba a la demandante en situación de desventaja frente a otros y frente a su suministradora y competidora en el mismo mercado, Repsol.

Y no solo en la demanda, sino que ni en la audiencia previa, ni en las conclusiones que se formularon por escrito, se hizo mención a otra infracción diferente.

Es cierto que en el comienzo de la demanda se hacía una mención genérica a la fijación directa e indirecta de precios, pero también que más allá de dicha indicación, el escrito inicial del procedimiento no contenía desarrollo alguno sobre la cuestión. Lo que no fue ignorado por la Audiencia Provincial, que sí se pronunció sobre el particular, al declarar en el fundamento jurídico tercero que no podía hacer mayores consideraciones al respecto, dada la falta de argumentación en la demanda.

Por ello, la decisión de la Audiencia Provincial de no tratar una hipotética imposición directa o indirecta de precios fue procesalmente correcta.

2.- Junto a ello, debe tenerse en cuenta que la sentencia recurrida es desestimatoria, y es jurisprudencia constante de esta sala 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, sentencias 370/2011, de 9 de junio, y 488/2021, de 6 de julio).

3.- Como consecuencia de lo expuesto, el recurso extraordinario por infracción procesal debe ser desestimado.

### **Recurso de casación**

**TERCERO.-** *Primer motivo de casación. Abuso de posición de dominio: aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes a estaciones de servicio de una misma red de abanderamiento*

*Planteamiento:*

1.- El primer motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 102 c) TFUE y 2 d) LDC.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que la sentencia recurrida incurre en dos graves errores al descartar la infracción, puesto que no examina todas las circunstancias pertinentes del mercado, como exige la STJUE de 19 de abril de 2018 (C-525/16), sino que se fija únicamente en la cantidad invertida; y establece 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".

*Decisión de la Sala:*

1.- La referencia legal a precios discriminatorios incluye una heterogeneidad de prácticas (descuentos cuantitativos, precios vinculados, descuentos selectivos, etc.) que tienen como denominador común que la empresa dominante aplica a las mismas prestaciones condiciones económicas distintas en función de los clientes, lo que introduce un elemento de discriminación.





En principio, la utilización por parte de una empresa dominante de una estrategia de discriminación de precios no constituye un "método diferente de los que rigen una competencia normal de productos o servicios sobre la base de transacciones comerciales", en tanto que no "amenace el mantenimiento de la competencia existente en el mercado o el incremento de tal competencia" (STJCE de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, *Hoffmann-La Roche c. Comisión*).

Es decir, habrá que probar que un abuso de posición de dominio, traducido en una discriminación de precios, afecta a la competencia. En palabras de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 27 de marzo de 2012, asunto C- 209/10, *Post Danmark*:

"Para determinar si la empresa que ocupa una posición dominante ha explotado de manera abusiva esa posición mediante la aplicación de sus prácticas tarifarias, es preciso valorar todas las circunstancias y examinar si dichas prácticas pretenden privar al comprador de la posibilidad de elegir sus fuentes de abastecimiento, o al menos limitar dicha posibilidad, impedir el acceso de los competidores al mercado, aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva, o reforzar su posición dominante mediante la distorsión de la competencia (sentencia *Deutsche Telekom/Comisión*, antes citada, apartado 175 y jurisprudencia citada)".

2.- Ni el TFUE ni la LDC contienen una norma que prohíba específicamente a las empresas dominantes aplicar precios discriminatorios, por lo que debe acudirse a los arts. 102.c) TFUE y 2.2.d) LDC, que regulan de manera genérica las situaciones en las que existe un elemento de discriminación. Ambos preceptos, de forma casi idéntica, reputan como abusiva la aplicación por parte de una empresa dominante, en sus relaciones comerciales con terceros, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, a resultas de las cuales dichos terceros sufren una desventaja respecto de sus competidores.

En tales casos, la discriminación puede constituir un abuso de posición dominante porque distorsiona la competencia en el mercado ascendente -si es un proveedor el discriminado- o descendente -si es un distribuidor o cliente-, al colocar en peor posición para competir en tales mercados a la empresa discriminada [art. 102.c) TFUE].

Los elementos que integran el tipo legal exigen evaluar la equivalencia de las prestaciones y la desigualdad de las condiciones aplicadas a éstas para determinar si existe discriminación y, posteriormente, analizar si esta discriminación sitúa a los clientes discriminados en una posición de desventaja competitiva.

3.- Como expuso el Abogado General en el informe del asunto C-525/16 (*MEO-Serviços de Comunicações e Multimédia SA*), en ausencia de una justificación objetiva, la aplicación de precios más elevados por parte de una empresa en posición de dominio a algunos de sus clientes, en comparación con los precios aplicados a otros clientes en transacciones equivalentes, constituye un abuso de posición de dominio única y exclusivamente si esta conducta sitúa al primer grupo de clientes en una situación de desventaja competitiva en relación a los otros con los que compiten.

Esta situación de desventaja competitiva se dará si, como consecuencia de la aplicación de condiciones desiguales en transacciones equivalentes, se causa un perjuicio a la posición competitiva de aquellos clientes de la empresa dominante a los que se aplican condiciones más gravosas y, por consiguiente, esta conducta distorsiona la competencia entre los clientes más favorecidos y los clientes en una situación de desventaja.

Es decir, para acreditar un abuso de posición de dominio sobre la base de la aplicación de condiciones desiguales no es suficiente con establecer una simple diferencia en el trato, sino que es necesario realizar un análisis individualizado atendiendo a las circunstancias específicas de cada caso. En el marco de este análisis circunstanciado pueden ser relevantes, por ejemplo, la magnitud de la diferencia de trato y la estructura de costes de las empresas afectadas.

4.- Tales consideraciones fueron asumidas por la STJUE de 19 de abril de 2018, dictada en el mencionado asunto C-525/16, al declarar:

"23 En virtud del artículo 102 TFUE, párrafos primero y segundo, letra c), las empresas que tengan una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial de este tienen prohibido aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que les ocasionen una desventaja competitiva, en la medida en que el comercio entre los Estados miembro pueda verse afectado.

"24 Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la prohibición específica de la discriminación contemplada en el artículo 102, párrafo segundo, letra c), tiene como finalidad garantizar que la competencia no será falseada en el mercado interior. La práctica comercial de la empresa en posición dominante no debe falsear la competencia en un mercado de una etapa anterior o posterior, es decir, la competencia entre proveedores o entre clientes de dicha empresa. En su competencia entre sí, las otras partes contratantes de la empresa



en posición dominante no deben gozar de preferencias ni tampoco sufrir desventajas (sentencia de 15 de marzo de 2007, British Airways/Comisión, C-95/04 P, EU:C:2007:166, apartado 143). Así, no es necesario que el comportamiento abusivo produzca efectos en la posición competitiva de la propia empresa dominante, en el mercado en el que esta opera o respecto de sus eventuales competidores.

"25 Para que se cumplan los requisitos de aplicación del artículo 102 TFUE, párrafo segundo, letra c), es preciso comprobar que el comportamiento de la empresa en posición dominante en un mercado no solo es discriminatorio, sino que también pretende falsear la relación de competencia, es decir, obstaculizar la posición competitiva de una parte de los socios comerciales de esta empresa frente al resto (sentencia de 15 de marzo de 2007, British Airways/Comisión, C-95/04 P, EU:C:2007:166, apartado 144 y jurisprudencia citada).

"26 Tal y como señaló, en esencia, el Abogado General en el punto 63 de sus conclusiones, para determinar si una discriminación de precios llevada a cabo por una empresa en posición dominante respecto de sus socios comerciales falsea la competencia en el mercado descendente, la mera presencia de una desventaja inmediata que afecte a los operadores a quienes se hayan aplicado precios superiores respecto de las tarifas aplicables a sus competidores por una prestación equivalente no significa sin embargo que la competencia haya sido falseada o que pueda serlo.

"27 En efecto, 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. En esta situación, no puede exigirse, sin embargo, que se aporte además la prueba del deterioro efectivo y cuantificable de la posición competitiva de determinados socios comerciales (sentencia de 15 de marzo de 2007, British Airways/Comisión, C-95/04 P, EU:C:2007:166, apartado 145).

"28 Así pues, tal y como señaló el Abogado General en el punto 86 de sus conclusiones, es preciso llevar a cabo un examen de todas las circunstancias pertinentes para determinar si una discriminación de precios produce, o puede producir, una desventaja competitiva en el sentido del artículo 102 TFUE, párrafo segundo, letra c)".

**5.-** En contra de lo afirmado por la recurrente, la sentencia de la Audiencia Provincial sí analiza todas las circunstancias y no solo la cuantía de la inversión, puesto que, junto a ese dato (que, por lo demás, es sumamente relevante, porque no es lo mismo una inversión de 2.195.437,71 €, que una de 3.270 €), también toma en consideración la diferencia de tipología contractual que une a Repsol con las distintas suministradoras, pues en un caso la relación es de comisión y en la otra de arrendamiento, con sus respectivas consecuencias sobre la compra en firme para revender de manera libre o vinculada y su repercusión en los precios.

Lo explica de manera muy certera la sentencia recurrida cuando argumenta:

"[n]o concurren las mismas condiciones en un comisionista como MONTE REAL vinculado a REPSOL por un contrato CODO (acrónimo de "Company Owned Dealer Operated") en que el comisionista accede a la gestión de una estación de servicio que no es de su propiedad y en cuya edificación REPSOL ha invertido la nada desdeñable suma de 2.195.437,71 €, que en un revendedor vinculado por un contrato DODO (acrónimo de "Dealer Owned Dealer Operated") que adquiere en firme la propiedad del combustible que le sirve REPSOL y lo vende al precio que tiene por conveniente (REPSOL simplemente le recomienda el precio) porque la estación de servicio le pertenece y ha sido edificada a su costa sobre suelo propio, habiéndose limitado REPSOL a invertir en ella la insignificante cantidad de 3.270 € para cubrir los gastos de cambio de imagen propios del régimen de abanderamiento (paneles, pegatinas y adhesivos); es decir, una hipótesis donde incluso la cuenta de resultados del revendedor podría no diferir de la del comisionista, o resultar acaso menos halagüeña, ante la previsible necesidad que puede pesar sobre aquel de atender a la financiación de la infraestructura por él asumida, necesidad inexistente, por definición, en el mero comisionista y arrendatario".

Como consecuencia de lo cual, cabe concluir que la sentencia recurrida es respetuosa con la jurisprudencia del TJUE en cuanto a la necesidad de examen de todas las circunstancias pertinentes.

**6.-** Asimismo, tampoco es correcto afirmar que la Audiencia Provincial haya mantenido que las circunstancias de los competidores deban ser las mismas. Lo que hizo el tribunal de apelación al analizar las circunstancias concurrentes fue resaltar que las condiciones de venta por parte de Repsol a la demandante y a la otra competidora eran diferentes, como consecuencia de su diferente relación contractual, por lo que no cabía la homogeneización comparativa que pretendía la demandante.

**7.-** Por lo demás, las consideraciones del motivo referentes a las pruebas periciales o a supuestas ventas a pérdida de Monte Real para poder competir son ajenas al recurso de casación, porque o bien pretenden una revisión de la valoración de la prueba, o bien alteran la base fáctica establecida por la sentencia de apelación.



Al igual que ocurre con la mención a una tercera estación de servicio, Megino, a la que no se había referido en la demanda.

**8.-** Como consecuencia de lo expuesto, el primer motivo de casación debe ser desestimado.

**CUARTO.-** *Segundo motivo de casación. Imposición de precios y condiciones comerciales no equitativas*

*Planteamiento:*

**1.-** El segundo motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 102 a) TFUE y 2 a) LDC.

**2.-** En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, sintéticamente, que la Audiencia Provincial ha ignorado la imposición de precios y condiciones comerciales no equitativas por parte de Repsol. Así como que la sentencia recurrida no realiza el análisis preciso 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. Diferencia de precios que es absolutamente injustificada y que solo se explica desde el abuso de posición de dominio de la demandada.

*Decisión de la Sala:*

**1.-** Respecto a la alusión a la fijación de precios, debemos advertir, como hemos indicado ya al resolver el recurso extraordinario por infracción procesal, que, aunque en la demanda se citaba el art. 102 TFUE, en el propio escrito se indicaban cuáles eran las infracciones imputadas a la demandada y la mención a la fijación de precios era meramente genérica, con cita de determinadas resoluciones de los organismos de competencia y de tribunales contencioso-administrativos.

Asimismo, se vuelven a introducir alegaciones de nuevo cuño, puesto que se incluye en la comparación, a efectos de argumentar el supuesto trato discriminatorio, una tercera estación de servicio -Megino-, que no había sido mencionada en la demanda.

**2.-** Sobre esa base, no es correcto afirmar que la sentencia no tenga en cuenta todas las circunstancias pertinentes, puesto que lo que hace la Audiencia Provincial es realizar tal análisis 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. Como ya hemos visto al resolver el anterior motivo, no solo tiene en cuenta la notabilísima diferencia de inversión, con la repercusión que ello tiene en la estructura de precios, sino que también toma en consideración las circunstancias contractuales expuestas, que dan lugar a unos resultados sobre los precios fruto de la propia dinámica contractual, que en cada caso es distinta.

**3.-** Razones por las que este segundo motivo de casación debe seguir la misma suerte desestimatoria que el anterior.

**QUINTO.-** *Costas y depósitos*

**1.-** La desestimación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación comporta la imposición a la recurrente de las costas causadas por ambos, según previene el art. 398.1 LEC.

**2.-** Igualmente, la desestimación de ambos recursos conlleva la pérdida de los depósitos constituidos para su formulación, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 9, LOPJ.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido :

**1.º-** Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por SPD Monte Real S.L. contra la sentencia núm. 233/2018, de 19 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.ª, en el recurso de apelación núm. 419/2016.

**2.º-** Imponer a la recurrente las costas causadas por ambos recursos y ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para su formulación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala. Y comuníquese esta sentencia a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ( arts. 16.3 LDC y 212.3 LEC) .

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.